

الإدارة العامة للبحوث

الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود

دكتور

محمد إبراهيم دسوقي



الإدارة العامة للبحوث

الجوانب القانونية
فى
إدارة المفاوضات وإبرام العقود

دكتور

محمد إبراهيم دسوقى

١٤١٥هـ - ١٩٩٥م

بطاقة الفهرسة

ح معهد الإدارة العامة ، ١٤١٥هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية

دسوقى ، محمد إبراهيم .

الجوانب القانونية فى إدارة المفاوضات وإبرام العقود .

٢٤٦ ص ، ١٦,٥سم × ٢٤ سم

ردمك ٣ - ٨ - ٠٠ - ١٤ - ٩٩٦٠

١ - العقود - قوانين وتشريعات أ - العنوان

ديوى ٣٤٦,٠٢ ١٥/٠٨٢٠

رقم الإيداع : ١٥/٠٨٢٠
ردمك ٣ - ٨ - ٠٠ - ١٤ - ٩٩٦٠

مقدمة

مرحلة ما قبل التعاقد :

١

يتم العقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين . ويقع ذلك من الناحية العملية بأن يعرض أحد الطرفين التعاقد وفقا لأسس معينة فيوافقه الطرف الآخر . ومتى كان هذا القبول مطابقا للإيجاب ، فقد قام العقد مادامت أركانه الأخرى من محل وسبب قد توافرت .

وفى بعض الفروض تتم عملية تلاقى إلايجاب بالقبول فى فترة زمنية ضيقة ، وهى الفترة التى يستغرقها تبادل التعبير عن الإرادتين . وفى هذه الأحوال تكون فترة ماقبل التعاقد غير محسوسة ، وهى الفترة مابين إبداء الإيجاب وإعلان القبول ، برغم أنها موجودة من الناحية النظرية .

على أنه فى فروض أخرى ، وخصوصا فى العصر الحديث ، يكون موضوع العقد من الأهمية والتشعب ، بحيث يتطلب الأمر تبادل وجهات النظر وإبداء الآراء والتحفظات ، ثم يجرى إعداد مشروع للعقد ، تتم الموافقة عليه فى النهاية . وهكذا يسبق انعقاد العقد مرحلة مهمة يطلق عليها اسم « مرحلة ماقبل التعاقد » .

ومرحلة ماقبل التعاقد هذه تبدأ من الوقت الذى يعلن فيه أحد الطرفين إلى الآخر عن رغبته فى التعاقد ، ولو لم تصل هذه الرغبة إلى مرتبة الإيجاب بمعناه القانونى . وهى تنتهى بتمام انعقاد العقد ، ولو تراخى تنفيذه إلى وقت لاحق .

وفى العصر الحديث عادة ما تطول مرحلة ما قبل التعاقد ، حسب مدى أهمية موضوع العقد ، وهى عادة ما تمر بطورين متعاقبين : الطور الأول هو المفاوضات ، حيث يناقش الطرفان عناصر العقد والحقوق والالتزامات المتبادلة ، بينما يتعلق الطور الثانى بإبرام العقد ، ويبدأ من الوقت الذى تتبلور فيه وجهة نظر مشتركة للطرفين ، تجرى صياغتها فى صورة مشروع للعقد ، وينتهى الأمر بتوقيع هذا العقد ، فيصبح باتا بين طرفيه .

أهمية مرحلة ما قبل التعاقد :

٢

ولا تقل مرحلة ما قبل التعاقد فى أهميتها عن المرحلة التالية للتعاقد ؛ أى مرحلة تنفيذ العقد ، كما أن أهميتها لاتخبو بانعقاد العقد .

ففى مرحلة ما قبل التعاقد تنشأ عيوب الإرادة - وبالأخص الغلط والتدليس - التى يمكن تلافيها خلالها ، إذا قام كل طرف بمايمليه عليه واجبه كمتعاقد من إيضاح وبيان ، فنأمن بذلك إبطال العقد فيما بعد .

وفى مرحلة ما قبل التعاقد تكمن أوجه الخلل التى تلحق بأركان العقد ، مثل انعدام المحل أو عدم مشروعية السبب ، التى قد تكون راجعة إلى أحد الطرفين ، فيجب مساءلته عنها من قبل الطرف الآخر إذا ما انهار العقد بينهما فيما بعد .

وفى هذه المرحلة ينشأ ما يسمى بالالتزام بالإعلام ؛ أى التزام الطرف الذى يعلم بأن يبين للطرف الآخر بعض الظروف الجوهرية فى التعاقد ، مثل واجب الإفصاح عن العيوب الكامنة فى الشىء المبيع ، أو تقديم نصيحة إلى الطرف الآخر .

ولمرحلة ما قبل التعاقد أهمية أخرى تتمثل فى أن ما يقع فى أثنائها من مفاوضات وتبادل لوجهات النظر يعد واحدا من وسائل تفسير العقد عند تنفيذه . ففى هذه المرحلة ، ومن خلال ما اتخذ فيها من إجراءات ومن تبادل لوجهات النظر ، يمكن الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين .

ولهذه المرحلة السابقة على التعاقد التزاماتها المستقلة عن التزامات العقد ذاته ، ذلك أن طبيعة المهمة التى يقوم بها الطرفان فى هذه المرحلة تفرض على كل منهما التزامات معينة تنتج عن الثقة التى وضعها فى الطرف الآخر ، مثل الالتزام بعدم التفاوض دون نية التعاقد ، والالتزام بعدم قطع المفاوضات فى وقت غير مناسب ، والالتزام بعدم إفشاء المتفاوض للأسرار التى علمها عن الطرف الآخر بمناسبة التفاوض .

وأخيرا فإنه من المتصور أن يبرم الطرفان عقودا تمهيدية تسبق العقد النهائى ، بعضها ينظم المفاوضات ، أو يحظر التفاوض مع طرف آخر منافس فى الوقت ذاته ، وبعضها قد يمهد للعقد النهائى فى ذاته ، مثل الاتفاق على الالتزام بإبرام هذا العقد خلال أجل معين ، وكل ذلك مما ينتمى حتما إلى مرحلة ما قبل التعاقد .

إدارة المفاوضات وإبرام العقود :

٢

وكما أن العقد يحتاج بعد إبرامه إلى إدارة حقيقية لعملية التنفيذ ، تتمثل فى النواحى المالية والفنية والإدارية والإعلامية وغيرها ، فكذلك مرحلة ما قبل التعاقد تحتاج بدورها إلى إدارة قانونية لعملية التفاوض .

وبمعنى آخر إذا كان مفهوم الإدارة بصفة عامة هو الإشراف والتوجيه لعمل أو مجموعة من الأفراد بطرق علمية صحيحة ، بقصد تحقيق هدف معين ، فكذلك الشأن بالنسبة إلى مرحلة ماقبل التعاقد ، التى تتطلب الإدارة القانونية الصحيحة لعملية المفاوضات منذ بداية الاتصال بين الطرفين حتى توقيع العقد النهائى .

ومن حسن الإدارة أن تسفر عملية المفاوضات فى النهاية عن قيام عقد لا يتعرض فيما بعد للإبطال أو البطلان ، ولا يؤدى إلى منازعات فى التنفيذ بسبب عيوب الصياغة .

ومن شأن الإدارة الصحيحة لعملية المفاوضات ، تفادى الوقوع فى الغلط أو التدليس ، أو الشكوى من عيوب خفية فى محل التعاقد . بل وتؤدى الإدارة الصحيحة لمرحلة ما قبل التعاقد إلى تفادى الوقوع فى المسئولية عن الإخلال بالالتزامات الخاصة بهذه المرحلة ، وبخاصة تلك التى تفرضها الثقة المتبادلة بين الطرفين المتفاوضين .

ومن ثم فعندما نتناول إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، فإننا نعنى بذلك حسن توجيه مرحلة ما قبل التعاقد ، بما يخدم مرحلة مابعد التعاقد أى مرحلة تنفيذ العقد ، ويسهل التعبير عن الإرادة المشتركة للطرفين ، وينأى بهما عن الوقوع فى المساءلة التقصيرية برغم عدم قيام العقد ، أو التعرض لمسئولية عقدية كان يمكن تجنبها . فإذا كان الأساس سليما فى ذاته ، قام بنيان العقد بدوره متينا شامخا .

ولعل هذا هو ما يدعو الشركات الكبرى إلى تكوين فريق من المفاوضين يتولى الإعداد لإبرام العقود المهمة . ويقوم هذا الفريق بالتخطيط للمفاوضات وإبرام العقد ، ليس من الجوانب الاقتصادية والفنية فحسب ، بل وأيضا من الجانب القانونى ، حتى تثمر مرحلة ما قبل التعاقد اتفاقا سليما لا يثير مشكلات فى التنفيذ ، ومعبرا عن الإرادة الحقيقية لكل طرف بكل وضوح .

وهذا التخطيط القانونى هو إحدى المهام الرئيسية فى إدارة المفاوضات وإبرام العقود ، وهو يتضمن مسائل متعددة من شأن إنجازها تحقيق الهدف المنشود وهو العقد العادل من وجهة نظر طرفيه . ومن هذه المسائل تحديد موضوع العقد بدقة ، وبلورة عناصره حتى تصبح واضحة عند القبول النهائى ، والكشف المشترك عن كل المسائل التى تؤدى معرفتها إلى تفادى إبطال العقد فيما بعد ، وتفادى الانزلاق إلى تعاقد سريع قبل المعرفة الكاملة بالحقوق والالتزامات الناتجة عنه ، وأيضا تفادى اتخاذ موقف أو إجراء يؤدى إلى قيام العقد برغم استمرار المفاوضات ، فتجد الشركة نفسها وقد التزمت وهى لم تحسم أمرها بعد .

وعادة ما يضم فريق المفاوضين مختلف التخصصات التى تتصل بالعقد ، من مالية وفنية وقانونية . ويرأس هذا الفريق مدير يجب أن يكون لديه قدر كاف من المعلومات حول طبيعة عمل كل عضو من أعضاء الفريق .

فكما أن هذا المدير يجب أن يقرأ تقريرا فنيا حول الجوانب الفنية للعقد ، وتقريرا ماليا حول تمويل المشروع وأرباحه ، فإن عليه كذلك أن يدعم معلوماته بمعرفة كيفية إدارة المفاوضات وإبرام العقود من الناحية القانونية ؛ أى بالجانب القانونى لمرحلة ماقبل التعاقد ، وهذا هو الهدف الذى نسعى إلى تحقيقه من هذا المؤلف .

خطة البحث :

٤ الهدف من هذه الدراسة إذن هو بيان الجوانب القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد ، أى كيفية الإدارة القانونية للمفاوضات من ناحية ، ولعملية إبرام العقد ذاتها من ناحية أخرى . ومن ثم تتمثل خطة البحث فى تتبع النواحى القانونية فى كل من هذين الطورين على التعاقب ، حيث تخصص الباب الأول لإدارة المفاوضات ، والباب الثانى لإبرام العقود .

وندرس فى الباب الأول المخصص لإدارة المفاوضات ، كيف تتحدد عناصر العقد المزمع إبرامه ، وكيف تنشأ بعض الالتزامات فى مرحلة ما قبل التعاقد برغم أن العقد لم يقم بعد .

وفى الباب الثانى المخصص لإبرام العقود ، ندرس كيف يقع القبول على عناصر العقد التى أسفرت عنها مرحلة المفاوضات ، ثم كيف تتم صياغة العقد ليكون معبرا عن الإرادة المشتركة للطرفين ، دقيقا من حيث الشكل والموضوع ، قابلا للتنفيذ دون مشكلات .



الباب الأول

إدارة المفاوضات

تمهيد :

٥

الهدف الأول لمرحلة المفاوضات هو التعرف على العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه . ففى هذه المرحلة يسعى كل من الطرفين إلى عرض وجهة نظره بصدد تفاصيل العقد ، وتسفر المناقشات فى النهاية عن صورة واضحة لكل عناصر العقد ، بحيث تصبح صالحة للقبول دون حاجة لمزيد من المناقشة أو أى إيضاح آخر . ومن ثم وجب أن تدار هذه المرحلة بما يحقق هذا الهدف . فنعرض إذن فى البداية لتحديد عناصر العقد .

على أن مرحلة المفاوضات هذه تتميز بأنها المرحلة التى يتم فيها وضع الأساس الذى يقوم عليه بناء العقد فيما بعد . ومن ثم فإن أى خلل فيها قد يؤدى إلى انهيار العقد ، بينما يؤدى خلو هذا الأساس من أسباب البطلان أو الضمان ، إلى قيام عقد سليم لا يثير مشكلات فى التنفيذ . وهدف الوصول إلى عقد صحيح وسليم ، يفرض على الطرفين التزامات متعددة فى مرحلة المفاوضات ، نعرض لها فى الفصل الثانى من هذا الباب .

وقد يبرم الطرفان فيما بينهما عقودا تمهيدية خلال مرحلة المفاوضات ، بعضها يهدف إلى تنظيم المفاوضات ، وبعضها يتعلق بمسألة إبرام العقد النهائى فى ذاتها ، وهذا ما نعرض له فى الفصل الثالث .

الفصل الأول

تحديد عناصر العقد

تقسيم :

٦

كيف تتحدد عناصر العقد عن طريق المفاوضات ؟ الوضع المألوف أن يبدأ اتصال الطرفين بموضوع العقد المزمع إبرامه ، بافتتاح المفاوضات بواحد من عدة طرق ، كأن يتقدم أحدهما بإيجاب تجرى دراسته ، أو يناقشان معا مشروعا تم إعداده من قبل الغير ، أو يعرض عليهما ثالث الانضمام إليه فى مشروع ما وهكذا .

ومن خلال المفاوضات تتبلور العناصر الرئيسية للعقد ، بحيث يعرف كل من الطرفين بدقة مدى ما يرتبه له العقد من حقوق وما يلقيه على عاتقه من التزامات ، ويحيط بموضوع العقد إحاطة شاملة ، ويتعرف على هدف الطرف الآخر من التعاقد وقدراته على التنفيذ .

فإذا ما جرت المفاوضات ، وأسفرت عن تحديد عناصر العقد ، أصبحنا أمام هيكل أو إطار للتعاقد ، لاينقصه ليتخذ صفة العقد الملزم لطرفيه ، إلا مجرد التوقيع بالقبول منهما ، دون حاجة إلى مناقشة أخرى . ومن ثم يجب أن يتحدد بدقة ما يرد عليه هذا القبول . وسوف يتم تناول ذلك من خلال ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : بدء المفاوضات .

المبحث الثانى : موضوع المفاوضات .

المبحث الثالث : نتيجة المفاوضات .

المبحث الأول
بدء المفاوضات

أهمية المفاوضات من الناحية القانونية :

٧

المفاوضات السابقة على التعاقد ليست أمرا لازما لتكوين العقد أو لصحته [١] . فالعقد قد يقوم بين طرفيه دون أن تسبقه مفاوضات حول مدى حقوق والتزامات كل منهما . ويتخذ ذلك عادة صورة تقديم إيجاب واضح يتضمن تحديدا للعناصر الرئيسية للعقد ، فيوافق الطرف الآخر عليها دون مناقشة أو تعديل [٢] .

ومثل هذه العقود المباشرة - أى غير المسبوقة بالمفاوضات - تعرف أيضا مرحلة ما قبل التعاقد ، وهى الفترة الزمنية التى تبدأ بالاتصال ما بين الطرفين وتنتهى بقيام العقد فعلا . ومثل هذه المرحلة قد تكون قصيرة جدا ولكنها موجودة من الناحية النظرية .

وهذه المرحلة السابقة على التعاقد فى العقود المباشرة ، ترتب بدورها آثارا قانونية - برغم أن العقد لم يكن قد تم بعد - منها الالتزام بالإعلان عن العيوب فى الشىء المبيع ، وعن الأمور التى تمنع من وقوع الطرف الآخر فى الغلط ، والالتزام بالنصيحة ، وغير ذلك من الالتزامات التى تنتج الثقة المتبادلة بين الطرفين [٣] .

وتشارك العقود المباشرة العقود المسبوقة بالمفاوضات فى كل هذه الالتزامات أو الآثار القانونية السابقة على التعاقد ، ولكنها تزيد عليها بآثار أخرى تفرضها عملية المفاوضات ذاتها .

ومن أهم الآثار القانونية التى تترتب على دخول الطرفين فى مفاوضات تمهد لإبرام العقد النهائى ما يلى :

أولاً ـ المفاوضات تمنع من الادعاء بالإذعان :

٨

الأصل أن يقوم العقد على أساس من الحرية الكاملة لكل من طرفيه فى مناقشة كل ما يرتبه له العقد من حقوق وما يفرضه عليه من التزامات . على أنه فى بعض الأحوال قد تفرض شروط العقد من قبل أحد الطرفين استنادا إلى ما يتمتع به من قوة اقتصادية تتمثل فى احتكاره لبعض السلع أو الخدمات الضرورية ، مثل مؤسسة الكهرباء أو المياه أو السكك الحديدية . ولا يكون هناك من دور للطرف الآخر إلا مجرد التسليم بشروط التعاقد التى أعدها سلفا الطرف القوى . فإذا ما قبل الطرف الضعيف أن يتعاقد دون مناقشة ، فقد أذعن إذن لإرادة الطرف الآخر .

ويترتب على وصف العقد بأنه من عقود الإذعان أن يتزود القاضى بسلطة ما كان ليتمتع بها تجاه العقود المعتادة ، وهى سلطة إنصاف الطرف الضعيف من الطرف القوى . وهو يفتقد هذه السلطة فى غير ذلك من العقود ، لأنه يخضع لقانون العقد ـ الذى هو من صنع إرادة الطرفين ـ وهو قانون عادل لأنه يحقق لكل من الطرفين ما يريده من وراء التعاقد الذى ارتضاه بمطلق حريته .

ويمارس القاضى هذه السلطة إما عن طريق إلغاء الشروط الجائرة أو التعديل فيها ، مثل شرط عدم مسئولية الطرف القوى عن أخطائه ، وإما عن طريق تفسير الشروط التعاقدية الغامضة لمصلحة الطرف المذعن ، دائنا كان أو مدينا ، بعد أن كان الشك يفسر لمصلحة المدين وحده ، وربما كان المدين الذى يتحمل عبء الشرط الغامض هو الطرف القوى أو المحتكر ، كما لو كان الطرف المذعن دائنا بتوريد السلعة أو الخدمة محل الاحتكار .

على أنه لا محل للتمتع بهذه الحماية التى يوفرها القانون للطرف المذعن ، إذا كان التعاقد قد تم بناء على مفاوضات سابقة بين الطرف القوى أو المحتكر وبين الطرف الآخر ، ولو كان الأول ذا غلبة اقتصادية أو محتكرا للسلعة أو الخدمة ؛ ذلك أن المفاوضات تحقق للطرف الآخر فرصة مناقشة شروط العقد ، ومن ثم لا يجوز من بعد الادعاء بالإذعان [٤] .

وعادة ما تقوم المفاوضات بين الطرف المحتكر والطرف الآخر بصدد الخدمات الخاصة ، التى لا ينتظم هذا الأخير بصددها بين جمهور المتعاملين الذين تفرض عليهم شروط موحدة . فهنا يتفق الطرفان على نوع الخدمة ومداها وثمنها ، مثل توصيل الكهرباء الذى وضع بمواصفات خاصة ، أو نقل شىء يتطلب عناية خاصة .

ولا يلزم - حتى تنتفى صفة الإذعان عن العقد - أن تكون المفاوضات بين الطرفين بصدد خدمة أو سلعة خاصة ، لا تعرض بشكل موحد على الجمهور ، بل إن العقود النمطية التى يعدها الطرف القوى تمنع بدورها من الإذعان ، ما دام الطرف الآخر قد اقتنع بها بعد المناقشة والمفاوضة ، ولو تم التوقيع على عقد نمطى تفرضه المهنة أو اتحاد للمهنيين على المتعاملين معه ؛ إذ يفترض فى هذه الحالة أن الطرف الآخر قد ناقش ثم اقتنع قبل أن يوقع على العقد النمطى [٥] .

ثانيا - المفاوضات وسيلة لتفسير العقد فى مرحلة التنفيذ :

٩ إذا كانت عبارات العقد واضحة ؛ أى أنها لا تثير فى الذهن إلا معنى واحدا لا يختلف عليه اثنان ، فلا محل للتفسير ، فهذه هى إرادة الطرفين تم التعبير عنها بوضوح ، فيبقى أن تنفذ بحالتها ، ولا مجال لمخالفة إرادة الطرفين عن طريق التفسير .

على أنه إذا كانت بعض الألفاظ أو العبارات التى وردت فى العقد ، تتسم بالغموض أو الإبهام ، يجب على القاضى أن يقوم بتفسيرها ليتوصل إلى معرفة ما اتجهت إليه إرادة الطرفين المتعاقدين .

فالعبارة أو الألفاظ الغامضة فى العقد تثير فى الذهن أكثر من معنى ، وقد يكون فى الأخذ بمعنى دون الآخر ، تفضيل مصلحة على أخرى من المصالح المتقابلة فى العقد .

والهدف الأساسى الذى يسترشد به القاضى فى تفسير عبارات العقد ونصوصه ، هو التعرف على الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين . فلا يكفى إذن التعرف على ما أراده أحد الطرفين ، بل العبرة بما أراده كلاهما .

ومما يسهل الوصول إلى هذا الهدف ، الرجوع إلى المفاوضات التى جرت بين المتعاقدين فى مرحلة ما قبل التعاقد [٦] . فالمناقشات التى تدور بين الطرفين ، خصوصا إذا كانت مسجلة فى محاضر اجتماعات أو فى مراسلات ، أو فى إيضاحات عملية أو معاينة على الطبيعة ، أو وردت فى تقارير الخبراء ، ثم انتهت إلى عبارات معينة أدرجت فى العقد ، يفترض أن معنى هذه العبارات هو ما انتهى إليه المتعاقدان من فهم مشترك للمسألة من خلال المفاوضات .

وهذا بخلاف العقود المباشرة ، حيث لا يعد الإيجاب فى ذاته وسيلة لتفسيرالعبارات الغامضة للعقد ، لأنه تعبير عن إرادة واحدة هى إرادة الموجب . وأما القبول ، وهو التعبير عن الإرادة الأخرى ، فيعنى قبول ما تضمنه الإيجاب بالفهم الذى تبادر إلى ذهن القابل ، وليس لزاما أن يكون ذلك هو الفهم أو المعنى الذى أراده الموجب .

ثالثا ـ المفاوضات تفرض الالتزام باحترام الثقة باحتمال إبرام العقد :

١٠

وفقا للقواعد العامة ، إذا تقدم أحد الطرفين بإيجاب ، التزم بالبقاء على إيجابه طوال المدة التى اقترن بها الإيجاب أو المدة التى يمكن استخلاصها من الظروف ، بمعنى أن الموجب يلتزم بعدم الرجوع فى الإيجاب طوال المدة التى ارتضاها صراحة أوضمنا لبقاء الإيجاب .

فإذا انتهت هذه المدة دون صدور القبول من الطرف الذى وجه إليه الإيجاب ، سقط الإيجاب ولا التزام على الموجب بأن يجدد إيجابه ، أيا ماكانت الأسباب التى أدت بالطرف الآخر إلى التراخى فى القبول ، ولا مسئولية على الموجب ولو كان الطرف الآخر المتراخى قد رتب نفسه نهائيا على قيام العقد .

ولا مسئولية كذلك على الموجب إن هو رفض الإيجاب المقابل ، أى القبول الذى يعدل الإيجاب أو يزيد فيه أو ينتقص منه ، إذ القاعدة أن القبول ليس محتما وإلا قام العقد بإرادة واحدة هى إرادة الموجب [٧] .

والتفاوض بشأن شروط العقد برغم أنه قد لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب ، حيث لم تتبين بعد ملامح العقد المرتقب ، يوحى للطرف الآخر بالثقة فى احتمال إبرام العقد النهائى ، من خلال مفاوضات عادلة ومعقولة ، بل وقد يرتب هذا الطرف نفسه على هذا الاحتمال ، فينفق على الخبراء والدراسات والاستعدادات المادية ، ثم يفاجأ بانسحاب الطرف الآخر من المفاوضات بغير مبرر واضح .

فإذا تبين أن الطرف المنسحب لم يكن ينوى التعاقد أصلا ، وبرغم ذلك دعا إلى مفاوضات لا طائل من ورائها ، فقد أخل إذن بالاحترام الواجب للثقة التى ولدها فى نفس المتعاقد الآخر باحتمال إبرام العقد فى ظل المجرى المألوف للأمور . ومن ثم وجبت مساءلة الطرف المنسحب ، وإلزامه بالتعويض على أساس أحكام المسئولية التقصيرية [٨] .

رابعا ـ المفاوضات تجعل الإيجاب من صنع الطرفين معا :

١١

فى الوضع المألوف يكون الإيجاب من صنع أحد الطرفين ؛ أى أنه يوجب على نفسه الالتزام بالعقد إذا ما قبل الطرف الآخر التعاقد على الأسس والشروط ذاتها التى عرضها هو .

ويترتب على ذلك أن الإيجاب إذا استكمل شروطه من حيث انطواؤه على العناصر الجوهرية للتعاقد ، وكان لا يزال قائما ، فإن مصير العقد يتوقف على مشيئة الطرف الآخر ، فينعقد العقد بمطلق قبول هذا الأخير وحده . فالإيجاب يضع الطرف الآخر وحده ، فى منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فينبعث العقد قائما وملزما لطرفيه بمجرد إعلان هذا الطرف عن إرادته بالقبول [٩] .

على أنه فى العقود التى تسبقها المفاوضات ، سواء افتتحت المفاوضات بمشروع إيجاب يكون أساسا للمناقشة أو بدعوة إلى التعاقد أو دعوة إلى التفاوض ، لا يتوقف قيام العقد على مشيئة أحد المتعاقدين ، بل على مشيئتهما معا [١٠] .

وتفصيل ذلك أن المفاوضات تؤدى إلى وضع تصور مشترك لكل الموضوعات التى جرت مناقشتها ، ومن ثم فهى تسفر عن صياغة مشروع للعقد ، وهو ما يمكن اعتباره

بمثابة إيجاب مشترك أسفرت عنه إرادة الطرفين معا ؛ أى أن الطرفين يوجبان على نفسيهما الالتزام بالعقد النهائى ، إذا ما لقى مشروع العقد قبولهما معا . ومن ثم لا يعد مشروع العقد عقدا بالمعنى الحقيقى ، ولن يقوم العقد النهائى إلا بموافقة الطرفين معا على هذا المشروع ؛ أى بتوقيع مشروع العقد من كليهما باعتبار ذلك شكلاً اتفاقيا لازما لقيام العقد [١١] .

خامسا ـ المفاوضات تجعل الإيجاب غير صالح للقبول :

١٢ وفى الوضع المألوف أيضا ، متى توافر للتعبير عن الإرادة وصف الإيجاب ، بأن تضمن كل العناصر الجوهرية للتعاقد ، وكان ما زال قائما لم يسقط ، فهو إذن إيجاب يصلح للقبول ؛ بمعنى أن مجرد قبوله من جانب من وجه إليه يؤدى إلى قيام العقد .

أما فى العقود التى تسبقها المفاوضات ، فإن الدعوة إلى التفاوض ـ ولو من جانب واحد وأيا ماكان هذا الجانب ـ تؤدى إلى تجرد الإيجاب من صفته هذه ليصبح مجرد دعوة غير ملزمة ترمى إلى مناقشة عناصر العقد المقترح [١٢] .

فإذا تقدم أحد الطرفين باقتراح بافتتاح المفاوضات بصدد عقد معين مقترح ، فلا مشكلة فى الأمر ، فهو لم يوجب على نفسه شيئا حتى الآن ، فليس هناك من إيجاب حتى نبحث فى القبول .

وإذا تقدم أحد الطرفين بإيجاب متكامل ، أوضح فيه إرادته التعاقد على أسس معينة ، وكانت هذه الأسس تتضمن العناصر الجوهرية للتعاقد كافة ، وقرن الموجب إيجابه هذا بالدعوة إلى التفاوض بشأن ما ورد فى إيجابه ، يفسر الإيجاب هنا بأنه مجرد دعوة إلى بحث شروط العقد ، ويصبح غير صالح للقبول [١٣] . فالموجب يعلن بذلك أن إيجابه ليس محددا بعد ، وأن ملامحه القاطعة ستتحدد بطريقة قاطعة بعد المفاوضات [١٤] . فلا يكون هذا إيجابا بالمعنى القانونى ؛ إذ يشترط فى الإيجاب أن يكون قاطعا [١٥] .

وكذلك الأمر لو أن الدعوة إلى المفاوضات صدرت عن الطرف الآخر الذى تلقى الإيجاب ، فبرغم أن الإيجاب كان من قبل صالحا للقبول ، ما دام قائما وقاطعا ومحددا تجاه كل العناصر الجوهرية للتعاقد ، فإن الدعوة من جانب الطرف الآخر إلى التفاوض بشأن ما ورد فى الإيجاب ، تعنى أنه لم يقبل بعد ، وأنه بصدد عرض مقترحات أو تعديلات تغير من عناصر الإيجاب . فيفسر الأمر إذن بأن الإيجاب المعروض لم يلق قبولاً من الطرف الآخر ، لأن التحفظ أو التعديل أو الزيادة أو النقص فى الإيجاب تعد رفضا للإيجاب .

وقد كان الأصل أن مثل هذا التحفظ أو التعديل فى الإيجاب ـ عن طريق الدعوة إلى التفاوض بشأنه ـ يعد فى ذاته إيجابا جديدا موجها إلى الطرف الآخر (١٦) . ولكن الدعوة إلى التفاوض بشأن الإيجاب الأول تعنى أن الطرفين مدعوان إلى صياغة إيجاب جديد مشترك فيما بينهما من خلال المفاوضات . وأساس ذلك أن مجرد الدعوة إلى التفاوض لا تحمل فى ذاتها صفات الإيجاب المقابل من حيث ضرورة أن يكون قاطعا ومحددا (١٧) .

ويختلف الأمر لو أن الموجب قدم إيجابا متكاملا من حيث أنه قطعى ومحدد ومتضمن لكل عناصر العقد ، وأبدى استعداده للتعاقد على هذه الأسس ، ثم قرن ذلك باستعداده أيضا للتفاوض بشأن كل أو بعض ما ورد فى الإيجاب ، إذا رأى الطرف الآخر ذلك . ففى هذه الحالة يكون الطرف الآخر مخيَّرا بين قبول الإيجاب بحالته ـ وعندئذ ينعقد العقد ـ وبين الإعلان عن رغبته فى الدخول فى المفاوضات ، وبالتالى تزول عن الإيجاب صفته هذه ويصبح غير صالح للقبول .

والفارق ما بين هذه الحالة والحالة السابقة عليها أن الموجب فى الحالة الأولى يعلن بوضوح أن عرضه ليس قاطعا بعد ، ولكنه سيصبح كذلك بعد المفاوضات ، بينما هو فى الحالة الثانية يعرض التعاقد بإيجاب قاطع ، أو بناءً على إيجاب بديل تسفر عنه المفاوضات التى يوافق الطرف الآخر على الدخول فيها .

سادساً ـ المفاوضات تحدد مضمون الالتزام العقدى :

١٣ لا يقتصر التزام المتعاقد على ما ذكر فى العقد ، بل يمتد أيضا ليشمل مستلزمات العقد ، وما تقتضيه طبيعة التعامل ومقتضيات حسن النية .

ومن الوسائل المعتادة للتعرف على مضمون الالتزام العقدى ، الرجوع إلى مرحلة المفاوضات ، بما دار فيها من مناقشات ومراسلات [١٨] .

ومن ثم إذا ذكر فى العقد التزام المتعاقد بتوريد ماكينات للمصانع ، فإن مستلزمات العقد تشمل أيضا الأدوات الضرورية لإدارة هذه الماكينات ، وكيفية تركيبها فى مصانع المشترى ، إذا ما نوقشت هذه المسألة خلال المفاوضات دون اشتراط ثمن خاص لها .

وعلى العكس من ذلك قد تشير المفاوضات إلى استبعاد التزام معين من دائرة العقد من واقع إغفاله عند بيان التزامات المتعاقد . ومن ذلك التفاوض على أثمان قطع الغيار أو ثمن طريقة مبتكرة للتشغيل كبراءة اختراع ، ثم إغفال ذكر شىء من ذلك فى العقد النهائى وعدم إدراج ثمنه بين ما يلزم به المشترى ، فهذا يعنى بوضوح أن التزامات البائع قد تحددت بتوريد الأصل وحسب ، وأن الطرفين قصدا استبعاد هذه العناصر من بين ما يسمى بمستلزمات العقد .

المقصود بالمفاوضات السابقة على التعاقد :

١٤ أوضحنا فيما سبق أن هناك آثارا قانونية متعددة تترتب على عملية المفاوضات السابقة على التعاقد فى ذاتها . ولعل أهم هذه الآثار أنها تفرض على عاتق كل طرف التزاما بعدم إيهام الطرف الآخر باحتمال إبرام العقد وهو ينوى عدم التعاقد ، كما أنها تعد مرجعا لتفسير العقد وتحديد مضمونه .

وبسبب أهمية هذه الآثار ، يكون من الضرورى بيان المقصود بالمفاوضات السابقة على التعاقد ، وتمييزها عن غيرها من أوجه الاتصال بين الطرفين ، التى قد لا ترتب مثل هذه الآثار القانونية .

ونعنى بالمفاوضات السابقة على التعاقد المناقشة المشتركة بين طرفين متقابلين بصدد عناصر عقد مستقبل . وهذا هو جوهر الفكرة لدى من يميزون بين هذه المرحلة ، حيث لم تتبلور بعد عناصر العقد ، وبين الإيجاب القاطع والمحدد الذى يكون صالحا للقبول فيقوم العقد [١٩] .

ومن ثم يكون العنصر الأول فى المفاوضات السابقة على التعاقد هو المناقشة المشتركة . فالمناقشة المشتركة هى التى تبرر ترتيب بعض الالتزامات فى المرحلة السابقة على التعاقد، والتى لا يتحمل بها من يناقش شؤون العقد مع نفسه . فإذا جرت مناقشة العقد فى إطار طرف واحد ، سواء بين المديرين فى الشركة أو بين الشخص ومستشاريه ، لإعداد الإيجاب أوالدعوة إلى التعاقد ، فلا يعد ذلك من قبيل مفاوضات ماقبل التعاقد ، ومن ثم لا تكون مرجعا لتفسير عبارات العقد وألفاظه ، لأنها لا تعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين [٢٠] . وفى هذه الحالة لا يلتزم هذا الطرف بالاستمرار فى إعداد عرضه ، أو السير فى إجراءات الدعوة إلى التعاقد . ولهذا الطرف أن يقبل ما هو معروض عليه من الطرف الآخر أو أن يرفضه . هذا بينما تفترض المفاوضات التوصل إلى عناصر العقد بعمل مشترك . وهذا هو السبب فى أن المفاوضات قد ترتب التزاما بالاستمرار فى هذا العمل ، كما أنها تعتبر مرجعا فى تفسير العبارات الغامضة للعقد [٢١] .

أما العنصر الثانى لقيام ما يسمى بالمفاوضات السابقة على التعاقد ، فهو أن تجرى هذه المناقشة المشتركة بين طرفين متقابلين ؛ أى بين طرفى العقد المستقبل المزمع إبرامه . والهدف من ذلك هو أن يتعرف كل طرف بطريق مباشر على وجهة نظر الطرف الآخر حول عناصر العقد ، فيخرجا بتصور مشترك عنها .

ومن ثم لا يعد من قبيل المفاوضات السابقة على التعاقد بالمعنى المقصود المشاورات التى يجريها أشخاص متعددون يكونون فيما بينهم جانبا أو طرفا واحدا فى العقد ، مثل تعدد المشترين أو الموردين أو المنتجين فى مواجهة بائع أو مشترٍ واحد . فإذا تفاوضت شركتان على الدخول كطرف واحد فى عقد مع شركة ثالثة ، فلا يصدق على مفاوضات الاشتراك بينهما وصف المفاوضات السابقة على التعاقد تجاه العقد الأصلى ؛ ذلك أن هذه المفاوضات التى تدور فى إطار أحد أطراف العقد ليست جزءا من أعمال العقد المقترح ، ولن يترتب على اتفاقهما أى التزام على الطرف الآخر ؛ إلا إذا كان منصوصا عليه فى العقد على أساس الفصل بين الأطراف ، وعندئذ لانكون بصدد طرف واحد متعدد الأشخاص ، ولكن بين أطراف متعددين .

ويترتب على ذلك ، فى حالة تعدد أفراد أحد أطراف العقد دون انفصال ، عدم جواز محاسبة الطرف الآخر عن الفهم الخاطئ لظروف العقد والناتج عن المفاوضات التى جرت بين أفراد هذا الطرف .

فإذا كانت العلاقة بين أفراد الطرف الواحد فى العقد تمثل اتفاقا قائما بذاته ، تم بمناسبة العقد الأصلى المزمع إبرامه ، تعد المفاوضات التى دارت بين هؤلاء ذات أثر بالنسبة إلى هذا الاتفاق . فالقاعدة أن المفاوضات ترتب آثارها تجاه أطرافها ، ولا تنعكس آثارها على من لم يكن طرفا فيها (٢٢) .

ولا يلزم فى هذا الصدد أن تكون المفاوضات المشتركة بين طرفى العقد مفاوضات مباشرة ؛ أى تتم بالمناقشة وجها لوجه . فليس هناك ما يمنع من أن تجرى هذه المفاوضات عن طريق وسيط ينقل وجهة نظر كل طرف إلى الطرف الآخر .

فمن الناحية العملية قد لا تحقق المفاوضات السابقة على التعاقد هدفها إلا إذا تمت من خلال بيوت الخبرة المتخصصة ، سواء كان واحدا ينصح الطرفين فى الوقت ذاته ، أو أكثر من واحد يعمل كل منهم لحساب طرف من أطراف العقد . فالعبرة فى مثل هذا الفرض أن يكون الهدف هو الوصول إلى تصور مشترك لعناصر العقد ، بعمل مشترك بين الطرفين ، ولو من خلال الخبراء ، ما دام كل منهما قد أبدى وجهة نظره للطرف الآخر ، بما يوحى بالثقة فى إبرام العقد النهائى من خلال مفاوضات معقولة وعادلة .

أما العنصر الثالث فى المفاوضات السابقة على التعاقد فيتمثل فى أن الهدف المشترك للطرفين هو السعى بإخلاص وجدية نحو إبرام العقد . ومثل هذا الهدف المشترك لا يتوافر فى حالة الإيجاب الذى يلحقه قبول منفصل . ففى الفرض الأخير يعرض الموجب إيجابه وينتظر قبوله بحالته ، ومن ثم فإنه لم يتلق بعد ما يوحى بأن الطرف الآخر يسعى لإبرام العقد أو للموافقة . أما بدء المفاوضات فيعنى أن كلا من الطرفين يوحى إلى الآخر بأن إبرام العقد قد بات أمرا قريب الاحتمال أو هو على وشك التوقيع (٢٣) .

ولعل هذا الفارق هو الذى يبرر الالتزامات الخاصة التى تفرضها عملية المفاوضات ، مثل الالتزام بعدم الانسحاب منها فى وقت غير مناسب أو بغير مبرر

مشروع ، واعتبار ما دار فى هذه المفاوضات مفسرا لعبارات العقد ، وأحيانا مكملاً لما ورد فيه من نصوص ، وذلك عندما يتم إبرام العقد فعلاً .

الدعوة إلى التفاوض مسألة اتفاقية :

١٥

لا يقوم العقد إلابتطابق التعبير عن إرادتين ، ولا يلزم أن يكون هذا التطابق ناتجا بالضرورة عن المفاوضات . فقد يقع تطابق الإرادتين عن طريق مجرد القبول لإيجاب كامل وقائم دون أى تفاوض بشأن ماورد فى هذا الإيجاب .

فإذا اختار الطرفان الدخول فى مفاوضات تمهيدية قبل إبرام العقد ، فلا يكون ذلك إلا بمحض اختيارهما معا ، دون إجبار أيهما على ذلك ، إلا أن يكون قد ألزم نفسه باتفاق صريح أو ضمنى بالدخول فى المفاوضات .

وأساس هذه القاعدة ، أن الإيجاب أو القبول ما هو إلا تعبير عن الإرادة ، ولا يتعاقد الشخص إلا على ما يريد ، وفى إجباره على تعديل ما أراد ليصبح متفقا مع رغبة الطرف الآخر إجبار له على أن يتعاقد على غير ما أراد ، وهو ما يعارض مبدأ سلطان الإرادة . فالموجب يعبر عن إرادته فى أن يتعاقد بشروط معينة ، فإذا ما أجبرناه على تحوير هذا الإيجاب بما يرضى الطرف الآخر ، فإننا بذلك نجبره على تحوير إرادته ، فينتهى الأمر إلى إجبار الشخص على التعاقد على غير ما يريد .

ولكن يختلف الأمر إذا ما قبل الشخص الدخول فى المفاوضات بمحض إرادته باتفاق مسبق ، أو بقبول الدعوة إلى التفاوض ، أو بأن أبدى استعداده منذ البداية للتفاوض فقبل الطرف الآخر ذلك . فهو هنا يعلن بمطلق إرادته ، أن ما أعلن عنه من إرادة ليس نهائيا ، أو أنه لا يتمسك بإرادته المعلنة ، وأنه لا يمانع فى التعديل فى إرادته بما يتفق مع رغبات الطرف الآخر ، وبما يؤدى فى النهاية إلى تصور مقبول من جانب الطرفين [٢٤] .

ويصدق الحكم ذاته أيضا ، ولو كان هناك إجبار على التعاقد ، سواء كان الإجبار على الدخول فى عقد من نوع معين ، مثل إلزام مالك السيارة بالتأمين من المسئولية ، وإجبار بعض الشركات على افتتاح حساب فى مصرف ، أو كان الإجبار على التعاقد

مع شخص له صفة معينة ، مثل إلزام رب العمل بالتعاقد مع الوطنيين أو مع نسبة من المعوقين ، أو إجبار مالك العقار المعد للاستغلال على التأجير لمن يتقدم طالبا الاستئجار . ففي هذه الأحوال عادة ما يتدخل القانون الذى فرض التعاقد ، فيحدد شروط العقد ، بحيث يقتصر دور الطرفين على قبول الدخول فى العقد دون حاجة إلى مناقشة شروطه . ويكون ذلك بإصدار نموذج لعقد موحد ، مثل عقود التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناتجة عن حوادث السيارات .

أما ما عدا ذلك من الشروط التى تترك لتراضى الطرفين ، فإن الإجبار على التعاقد لا يعنى حتما الإجبار على التفاوض . ففى الحدود التى يترخص فيها المتعاقد بالقبول أو بالرفض ، لا يجبر على التفاوض على غير رغبته [٢٥] . ومن ذلك أن تعلن شركة عن رغبتها فى شغل النسبة القانونية من المعوقين ، فلا إجبار عليها فى أن تتفاوض مع اتحاد العمال على كيفية المفاضلة أو الاختيار بين المتقدمين .

التكييف القانونى لقبول التفاوض :

١٦

التفاوض فى حقيقته مناقشة مشتركة لعناصر عقد مقترح ، تهدف إلى الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول من الطرفين ، ومن ثم فإن كلا الطرفين يغير بإرادته فى مدى حقوقه والتزاماته ، بما يؤدى إلى الوصول إلى هذه الصيغة المقبولة من الطرفين .

ومن ثم إذا أعلن أحد الطرفين قبوله الدخول فى مفاوضات تمهيدية للتعاقد ، فهو يعلن فى الواقع قبوله للمشاركة فى صنع هذا التصور المشترك الذى سوف يتم التعاقد عليه فى المستقبل القريب ، ولكنه لا يعلن التزاما محددا بشكل أو صيغة هذا التصور . فالبائع الذى يقبل التفاوض بشأن ما أوجبه على نفسه من البيع بثمن معين ، لا يعنى أنه التزم بتخفيض هذا الثمن ، ومن يقبل التفاوض بشأن إقامة مصنع لا يعنى أنه التزم بتقديم شروط أفضل أو بتقديم تنازلات جديدة ، فالالتزام لا يرد إلا على أمر محدد .

وعلى ذلك إذا قال الموجب فى ختام إيجابه « نقبل التفاوض بشأن الأسعار المذكورة أعلاه » فهذا لا يعنى التزامه بالتخفيض ، لأنه لا التزام بأمر غير محدد أو غير معين ، بل هو يعطى الطرف الآخر الاختيار بين قبول الإيجاب أو قبول الدعوة إلى التفاوض للمشاركة فى صنع إيجاب جديد .

ويترتب على ذلك أن الدعوة إلى التفاوض وقبول هذه الدعوة من الطرف الآخر ، تبتعد بالعقد المقترح من مرحلة الصلاحية للإبرام إلى التمهيد لهذه الصلاحية ، بمعنى أن التفاوض ينقل المفاوضين إلى حالة تصبح فيها ملامح العقد المرتقب غير واضحة ، وأن مهمة المفاوضين هى تحديد هذه الملامح فيصبح العقد صالحا للإبرام .

على أن قبول التفاوض قد لا يقف عند هذه الصورة المبسطة ، وهى مجرد المشاركة الودية فى وضع تصور مشترك لعقد مستقبل ، بل قد يتعدى ذلك إلى التزام حقيقى بالاستمرار فى التفاوض ، أو بذل الجهد أو الامتناع عن إثارة أى عقبات تحول دون الوصول إلى نتيجة من وراء المفاوضات . وفى هذه الأحوال ، يكون هناك التزام حقيقى ما دام له محل معين ، وهذا ما نعرض له بصدد الحديث عن الاتفاقات السابقة على التعاقد .

صور افتتاح المفاوضات :

١٧ تتعدد الصور التى تفتتح بها المفاوضات بين الطرفين . فقد يدعو أحد الطرفين الآخر إلى الدخول فى المفاوضات بناء على أسس معينة ، وقد يكتفى بتحديد موضوع العقد المقترح فحسب دون بيان أسس التفاوض ، وقد يتفق الطرفان فى عقد خاص ، أو من خلال عقد سابق ، على الدخول فى المفاوضات .

١ ـ الدعوة المجردة للتفاوض :

١٨ فى هذه الصورة يدعو أحد الطرفين الطرف الآخر للدخول فى مفاوضات بشأن إبرام عقد فى المستقبل حول موضوع معين ، دون بيان للعناصر الرئيسية للتعاقد ، فيوافق الطرف الثانى على التفاوض .

ولا ترتب الدعوة المجردة إلى التفاوض التزاما حقيقيا على عاتق أحد الطرفين ، إلا إذا تبين من الظروف أن أحدهما قد أدخل فى اعتقاد الآخر الاقتناع بأن توقيع العقد النهائى أمر قريب الاحتمال فى مألوف الأمور . فعندئذ تتحول الدعوة المجردة إلى

التعاقد - متى قبلها الطرف الآخر - إلى اتفاق على التفاوض ، وهو ما يفرض التزاما بالاستمرار فى التفاوض ، وقد يؤدى إلى الحكم بالتعويض على من دعا إلى التفاوض وهو يبيت النية على عدم التعاقد [٢٦] .

ومن ذلك أن يدعو المصنع أحد التجار إلى التفاوض بشأن توزيع منتجاته فى منطقة جغرافية معينة ، وذلك بعد الإعلان عن حاجته إلى التعاقد مع موزعين فى مختلف أنحاء البلاد ، فيتوهم هذا أنه قد وقع عليه الاختيار من بين آخرين ، فى الوقت الذى يرمى فيه المصنع إلى مجرد الدعاية لحجم إنتاجه وليس إلى التعاقد .

ولا يلتزم من وجه الدعوة المجردة إلى التفاوض بأن يبدأ المفاوضات ، ولو كان ملتزما بعدم الرجوع عن إيجابه لمدة من الوقت ، فالالتزام بالبقاء على الإيجاب شىء منفصل ويقتصر أثره على إمكان القبول من جانب الطرف الآخر . أما الدعوة إلى التفاوض بشأن هذا الإيجاب ، فهى دعوة إلى الاشتراك فى إعداد صيغة جديدة للإيجاب إذا لم يرتض الطرف الأول الإيجاب فى ذاته .

هذا ولا يلتزم الطرف الآخر أيضا بقبول الدخول فى مفاوضات ، باعتبار أنه ليس ملتزما بقبول التعاقد بأى حال .

فإذا ما بدأت المفاوضات فعلا ، فلا يلتزم أى من الطرفين بالاستمرار فيها ، إلا إذا تبلورت عناصر العقد ، وأدخل أحد الطرفين فى اعتقاد الآخر أن توقيع العقد النهائى قد بات وشيكا .

٢ ـ الدعوة المقترنة بأسس التفاوض :

١٩

فى هذه الصورة لا يكتفى أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض بصورة مجردة ، ولكنه يحدد له الأسس التى يجرى التفاوض عليها ، فيحدد له مثلا الهيكل العام لحقوق والتزامات الطرفين فى العقد المزمع إبرامه .

وتتخذ الدعوة المقترنة بأسس التفاوض أشكالاً متعددة ، منها تحديد الأسس العامة للتفاوض ، مثل طبيعة العقد والمدة ، وأساس حساب الأسعار وهكذا . وقد تكون فى صورة إيجاب مع الإعلان على أنه لا يكتمل إلا بالتفاوض بصدد كل أو بعض عناصره ،

سواء كانت جوهرية أو تفصيلية . وقد تكون فى صورة رد على الإيجاب فلا يقبل الطرف الآخر الإيجاب بحالته ، ولكنه يدعو الموجب إلى التفاوض بشأن ما ورد فى إيجابه ، فيكون هذا الإيجاب السابق أساسا للمفاوضات المقترحة .

فإذا ما قبل الطرف الآخر هذه الدعوة إلى التفاوض ، كان فى ذلك تسليم من جانبه ، بأنه ما زال تجاه إيجاب لم تكتمل له بعد عناصر أو صفات الإيجاب الكامل ، ومن ثم فهو غير صالح للقبول . وعندئذ تكون مهمة الطرفين هى صياغة إيجاب مشترك جديد من خلال المفاوضات ، ولا يقوم العقد النهائى إلا عندما يقبلان معا هذا الإيجاب المشترك بالشكل المتفق عليه كالتوقيع .

وتبدو أهمية تحديد أسس التفاوض فى أن هذه الأسس تصلح من بعد سندا لتفسير العقد ، كما أنها قد تكون دليلاً على عدم سلامة الرضاء من عيوب الغلط أو التدليس .

فمن حيث التفسير ، يستطيع القاضى أن يتبين النية المشتركة للمتعاقدين ، كأساس لتحديد المعنى المقصود من العبارات الغامضة فى العقد ، من واقع أساس المفاوضات . ومن ذلك أن تحديد أساس التفاوض بأنه الصيانة الدورية لمصانع الطرف الأول ، لا يفسر بأنه ينطوى على التزام بالتطوير أو التجديد وهكذا .

ومن حيث التعرف على عيوب الإرادة ، فإن من شأن تحديد أسس التفاوض التقليل من فرصة الادعاء بالغلط ، ذلك أن الوهم الذى يقوم فى ذهن المتعاقد ، فيجعله يعتقد غير الحقيقة ، عادة ما يتبدد عندما تكون أسس التفاوض واضحة ومحددة .

وفى فروض كثيرة يكون إصرار أحد الطرفين على تحديد أسس معينة للتفاوض تأكيدا على أنها تعد من المسائل الجوهرية بالنسبة إليه ، وأنها بهذه الصفة تكون قد دخلت دائرة التعاقد ، وهو ما يلقى على عاتق الطرف الآخر التزاما بتقديم كافة المعلومات عنها ، وبكل صدق وأمانة ، وإلا أمكن إبطال العقد للغلط [٢٧] .

ولذلك قضى بأنه لا يجوز للمشترى أن يدعى عدم علمه بأن ضمانات الوفاء بالثمن المؤجل كانت جوهرية بالنسبة إلى البائع الذى يطلب إبطال العقد للغلط ، ما دامت قد تحددت كواحد من أسس التفاوض [٢٨] .

على أن تحديد أسس التفاوض ، لا يعنى أن هذه الأسس قد أصبحت ملزمة لأى من الطرفين ، ما دام القصد من هذا التحديد هو وضع الإطار التنظيمى لعملية المفاوضات ، وتسهيل مهمة الطرفين فى التوصل إلى صياغة مقبولة للعقد المقترح (٢٩) .

يضاف إلى ذلك أن التفاوض يعنى أن الأسس المقترحة لم تتحدد بعد فى صيغة نهائية ، وإنما يتحقق ذلك بعد نجاح المفاوضات . ولن تصبح هذه الأسس ملزمة إلا بعد أن تكون محلا لاتفاق الطرفين ، إما فى صورة عقد نهائى تم قبوله من الجانبين ، وإما فى صورة عقد جزئى يحسم جزءاً من العلاقة العقدية بينهما . على أنه فى هذه الصورة الأخيرة (صورة العقد الجزئى) ـ كما لو تم الاتفاق على ثمن معين كأساس للتفاوض فى المسائل الأخرى ـ يتوقف قيام الالتزام على إبرام العقد النهائى ذاته ، ما دام الجزء الذى تم الاتفاق عليه لا يكفى بذاته لتكوين هذا العقد (٣٠) .

وهذه الأسس إذا كانت غير ملزمة كجزء من العقد النهائى أو باعتبارها كيانا مستقلا ، فإنها قد تكون ملزمة كإطار أو خطة للمفاوضات . ومن ثم تبدو فائدتها فى أنها قد تقوم قرينة على نكول أحد الطرفين عن التزامه بالاستمرار فى التفاوض .

فإذا كان من بين أسس المفاوضات تأجير المزرعة ، فإن إصرار المالك على أن يكون التفاوض حول البيع ، يعد نكولا منه ، وقرينة على أنه لم يكن ينوى التعاقد منذ البداية ، مما يعرضه للمساءلة بالتعويض (٣١) .

المبحث الثانى
موضوع المفاوضات

الإيجاب المشترك :

٢٠ تهدف المفاوضات إلى إعداد إيجاب مشترك بين طرفى العقد المستقبل ، أو إلى إعداد صياغة مقبولة للعقد الذى يزمعان إبرامه فى القريب .

ويصدق هذا القول ولو كان أساس التفاوض هو الإيجاب الذى قدمه أحد الطرفين ، وجرى تعديله أو تحويره من خلال المفاوضات ليتفق مع وجهة نظر المتعاقد الآخر . فالإيجاب الذى تقدم به الطرف الأول ، لم تعد له صفة الإيجاب ما دام الطرف الآخر لم يقبله بحالته ، ومن ثم فقد تحول إلى مجرد أساس للتفاوض .

ومن ناحية أخرى فإن تعديل الطرف الأول فى إيجابه ليتفق مع وجهة نظر الطرف الآخر ، يعنى فى حقيقة الأمر أن هذا الأخير قد تقدم باقتراح أو بوجهة نظر مقابلة حول كل أو بعض ما عرض عليه من إيجاب . ومثل هذه الآراء أو المقترحات أو طلبات التعديل فى الإيجاب المعروض لاتفسر إلا بأنها إيجاب مقابل .

فإذا ما جمعنا أنقاض الإيجاب المعروض ، مع ما استجد من إيجاب من الطرف الآخر ، قام لدينا إيجاب مشترك هو من صنع إرادة الطرفين معا [٣٢] .

ومثل هذا النظر يخالف بالضرورة الأصل المتعارف عليه من أن العقد إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر ، ولكنه أمر لا مفر منه إذا نحن أردنا الحفاظ على التركيب الفنى للعقد باعتباره نتيجة لتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين .

فالتفاوض يسفر عن وضع ملامح محددة للعقد الذى يرمى المتعاقدان إلى توقيعه ، وقد تحددت هذه الملامح بإرادة الطرفين ، أيًا ما كان قدر الدور الذى قام به كل منهما فى هذا الشأن .

والقول بغير ذلك يؤدى إلى اعتبار الإيجاب المعدل منسوبا إلى أحد الطرفين ، والقبول منوطا بالطرف الآخر ، فينعقد العقد فى نهاية الأمر بتوقيع واحد هو توقيع

هذا الأخير ، وهو ما يتعارض مع إرادة الطرفين بأن ينعقد العقد بتوقيعهما معا ، باعتبار أن هذا يعد نوعا من الشكل يهدف إلى الفصل بين مرحلة المفاوضات وإبرام العقد [٣٣] .

ومن شأن هذا القول أيضا أن يتعرض الطرفان لمخاطرة اعتبار العقد منعقدا قانونا خلال مرحلة المفاوضات ، إذا ما قبل أحد الطرفين تعديل إيجابه إلى مايتفق مع ما اقترحه الطرف الآخر . فى حين أن الهدف من المفاوضات هو تقريب وجهات النظر حول المسائل المختلفة للعقد المقترح ، ثم يستبقى الطرفان لنفسيهما رخصة القبول المشترك أيضا لمشروع العقد الذى أسفرت عنه المفاوضات .

ولذلك يكيف مشروع العقد من وجهة نظر الفقه [٣٤] ، بأنه ليس عقدا بعد ، ولو كانت قد أسفرت عنه المفاوضات بين طرفيه ، فهو ما زال مجرد خطوة من خطوات المفاوضات ، ولن تتوافر له صفة العقد إلا يوم أن يقبله الطرفان كلاهما ، بالشكل الذى اتفقا عليه ، سواء كان هذا الشكل هو التوقيع أو التصديق أو غير ذلك .

المفاوضات العامة والمفاوضات العقدية :

٢١

ليس كل تفاوض بين طرفين ، مما يعد من قبيل المفاوضات العقدية ، ولو كان بمناسبة عقد مستقبل يفكر فيه كل من الجانبين .

فقد يكون الهدف من المفاوضات هو مجرد استطلاع كل طرف لوجهة النظر العامة للطرف الآخر حول إمكان التعاقد ، أو مجرد دراسة الجدوى الاقتصادية للعقد ، أو مجرد دراسة للاحتمالات والمزايا المالية التى يحققها العقد ، بل وقد تنصب المفاوضات على استطلاع مدى حقوق والتزامات كل من الطرفين فى عقد مقترح ، دون أن تصل إلى مرتبة المفاوضات العقدية .

وهذه المفاوضات العقدية تتميز عن غيرها من المفاوضات بأن محلها هو الإيجاب المشترك ، أى وضع تصور للعقد ، بحيث يكفى أن يوقع الطرفان فيقوم العقد بينهما .

ولا يوجد سلم متدرج لأنواع المفاوضات ، فليس لزاما أن يبدأ الطرفان بالمفاوضات الاستطلاعية ثم العامة ، ثم الفنية والاقتصادية ، ثم ينتهى الأمر إلى مفاوضات إعداد الصياغة الدقيقة للعقد المقترح . فربما تبدأ المفاوضات بغرض صياغة إيجاب مشترك فتفشل ويفقد أحد الطرفين أو كلاهما حماسه ، ويسفر الأمر عن مفاوضات عامة . وربما تتبلور هذه الأخيرة عن مفاوضات تمهد لعقد معين ، بل وربما تبدأ المفاوضات بغرض إبرام عقد معين فتنتهى إلى إبرام عقد من نوع آخر وهكذا .

ويترتب على ذلك أنه لا توجد مفاوضات عقدية عامة . فالمفاوضات إما أن تكون عامة ، ومن ثم فهى ليست عقدية ، لأنها لا تسفر عن تكوين إيجاب مشترك يصلح لإقامة عقد بمجرد القبول ، وإما أن تكون مفاوضات عقدية ، أى أنها تنصب على مناقشة تفاصيل عقد معين ، فتخرج بها هذه الخصوصية عن أن تكون عامة . فإذا بدأت المفاوضات بصفة عامة ، ثم تبلورت إلى مفاوضات عقدية ، فإن هذه الصفة الأخيرة لاتبدأ إلامن الوقت الذى بدأ فيه الطرفان فى إعداد الإيجاب المشترك .

ولهذا التمييز بين المفاوضات العامة والمفاوضات العقدية أهمية قانونية تتمثل فى أن المفاوضات العقدية هى وحدها التى ترتب الآثار القانونية لفترة ما قبل التعاقد ، من حيث اعتبارها مفسرة لنصوص العقد ، ومتضمنة للالتزام بالإعلام عن كل ما يحول دون الوقوع فى الغلط ، والالتزام بإبداء النصيحة .

ومن ثم فإن ندوة فنية أو لقاء بين ممثلى بعض الشركات ، لبحث مدى إمكان التعاون التجارى أو الفنى بينها ، لا ينشئ التزاما على أيها بالاستمرار فى المفاوضات ، أو الكشف عن ملابسات العقد التى تهم الطرف الآخر ، ولا يعد الكشف عن هذه الملابسات قد تأخر عن وقته لو أنه قد تم فى مرحلة متأخرة ، أى فى مرحلة إجراءات مفاوضات العقد النهائى .

ويتفرع من ذلك أن لكل عقد مفاوضاته الخاصة به دون غيره . فلو أسفرت المفاوضات عن إبرام أكثر من عقد لكان لكل منها مفاوضاته العقدية الخاصة به ، ولو تعاصرت المسألتان أو تمت كلتاهما فى إطار جهد واحد ، ويكون الفصل بينهما على أساس تحديد الإيجاب المشترك الذى يخص كل عقد منها .

ومن ثم يمكن القول بأن مفاوضات العقد هى كل الأعمال المتعلقة بتكوين إيجاب مشترك لعقد معين ، فيدخل فى ذلك الإيجاب وتعديلاته والمناقشات والمراسلات المتبادلة والاستفسارات ، وكل ما من شأنه أن يؤدى إلى تحديد ملامح هذا الإيجاب المشترك .

مضمون الإيجاب المشترك :

٢٢ يتطلب العقد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين . على أن أهم هذين التعبيرين عن الإرادة هو التعبير عن الإيجاب ، فهذا هو الذى يتضمن كافة العناصر الجوهرية للتعاقد . أما القبول فيكفى فيه مجرد الموافقة على ما ورد فى الإيجاب دون تعديل أو تحفظ .

ومن ثم فإن للإيجاب شروطا تنتج عن وظيفته وهى تحديد العناصر الجوهرية للتعاقد ، بينما لا يشترط ذلك بالنسبة إلى القبول . فإذا ما تضمن الإيجاب هذه العناصر الجوهرية ، يكفى أن يكون القبول فى كلمة واحدة ، ولا يلزم أن يتضمن القبول بدوره بيانا بالعناصر الجوهرية التى وافق عليها الطرف الذى وجه إليه الإيجاب [٣٥] .

فإذا ما طبقنا ذلك على العقود التى تسبقها المفاوضات ، وكان هدف هذه المفاوضات - كما سبق القول - هو صياغة الإيجاب المشترك ، فإن هذا الإيجاب - بصفته هذه - يجب أن يتضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد المقترح .

وبمعنى آخر فإن الإيجاب المشترك لن تتوافر له صفته هذه إلا إذا كان من شأنه قيام العقد بمجرد التوقيع ، دون حاجة إلى أى إضافة أو بيان آخر ، وهو ما يتحقق إذا هو تضمن بيان كافة العناصر الجوهرية للعقد [٣٦] .

العناصر الجوهرية للتعاقد :

٢٣ إذا اتفق طرفان على الدخول فى رابطة تعاقدية ، لا يكفى مجرد الاتفاق على الارتباط ، بل يجب أن تتلاقى الإرادتان على محل هذا الاتفاق . فلا يقوم العقد لمجرد الاتفاق على التبايع ، بل يجب أن تتلاقى الإرادتان على الشىء المبيع والثمن . فإذا خلا الاتفاق من بيان ما هو المبيع أو من بيان مقدار الثمن أو أسس تقديره ، كان هذا عملاً باطلاً لعدم الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد [٣٧] .

ولكن ما هى هذه العناصر الجوهرية التى يجب الاتفاق عليها حتى يقوم العقد ، والتى يجب بداهة أن تكون محلا للمفاوضات العقدية ، حتى تسفر عن إيجاب مشترك يصلح لقيام العقد ؟ وبمعنى آخر : إذا كان الإيجاب المشترك - وهو محل المفاوضات - يفقد قيمته إذا هو لم يتضمن بيان العناصر الجوهرية للعقد المقترح ، يكون من الضرورى بيان المقصود بهذه العناصر .

وفى هذا الصدد يجب الإشارة أولا إلى أن العناصر الجوهرية للعقد هى مسألة نسبية ، بمعنى أنها تختلف من عقد إلى آخر حسب نوع العقد ، ومن متعاقد إلى آخر حسب تقديره الشخصى لظروف العقد [٣٨] .

فالتعريف العام للعناصر الجوهرية للعقد ، هو أنها تلك المسائل التى بدونها يتعذر معرفة ملامح الرابطة التعاقدية التى كان الطرفان بصدد الدخول فيها [٣٩] . ولكن هذه المسائل ليست موحدة فى كل العقود ، إذ هى تختلف من نوع إلى آخر من أنواع العقود [٤٠] ، فمن يتعاقد مع آخر يجب أن يعرف على وجه الدقة ما الذى يريده هو وما الذى يريده هذا الآخر بموجب العقد ، ويجب أن يعرف بوجه خاص مسائل أخرى تختلف حسب ما إذا كان يتعامل بصفته مشتريا أو مقاولا أو شريكا [٤١] .

الاتفاق على نوع العقد :

٢٤ فالمسألة الجوهرية الأولى التى يجب أن ينطوى عليها الإيجاب المشترك هى بيان نوع العقد الذى يزمع الطرفان الدخول فيه . فإذا لم تتبين هذه المسألة ، أو كانت محل

خلاف بين الطرفين ، أو كانت غامضة لا يمكن استجلاؤها من مجمل ما توصل إليه الطرفان من تصور مشترك ، لم يكن هذا إيجابا مشتركا صالحا لإقامة العقد بمجرد القبول ، بل يظل المتعاقدان فى مرحلة المفاوضات ، ولا يكون هناك من أثر لأى قبول لاحق ، إذ هو لا يرد هنا على إيجاب حقيقى [٤١] .

ومن ثم فإن الاتفاق على الأوصاف الدقيقة للشيء والثمن وموعد التسليم لا يؤدى إلى قيام العقد ، إذا ما تبين أن هناك اختلافا فى الفهم بين الطرفين ، حيث تصور البائع أنه سيصنع هذا الشيء خلال هذه المدة ، بينما فهم المشترى أنه يشترى شيئا حاضرا ، فاختلف الأمر ما بين البيع والمقاولة .

ومثل هذه المسألة تثور عادة عندما يختلف الطرفان فيدعى كل منهما بنوع مختلف من العقود ، وخصوصا فى العقود غير المسماة . فيزعم أحدهما أن العقد هو من عقود الصيانة للماكينات بينما يدعى الآخر أنه من عقود الضمان ، أو يثور الجدل بين ما إذا كان العقد بيعا لبراءة الاختراع أو تأجيرا لها لفترة محددة .

وفى هذا الصدد ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن اختلاف التصور لطبيعة أو نوع العقد ، يؤدى إلى بطلانه لعدم وجود التراضى ، وهو ما يطلق عليه اسم الغلط المانع الذى يحول دون قيام العقد ، حتى لو كانت النتيجة واحدة ، سواء أخذ العقد على أنه النوع الذى قصده المتعاقد الأول ، أو بالوصف الذى قصده المتعاقد الثانى . فالعبرة بوجود التراضى أو بتخلفه بصرف النظر عن آثار العقد ، فنحن هنا لسنا بصدد عقد أو اتفاق ، بل بصدد سوء فهم [٤٢] .

وأخذت بعض أحكام القضاء الفرنسى بهذا المبدأ، فقضت بأنه إذا باع شخص نصيبا فى عمارة مع حق المشترى فى الانتفاع بشقة منها ، وعلى أن تؤول إليه ملكيتها عند القسمة ، بينما اعتقد المشترى أنه يشترى هذه الشقة ويكتسب ملكيتها ، فهذا اتفاق باطل لعدم الاتفاق على : نوع العقد وهل هو بيع على الشيوع أو بيع لشيء مفرز [٤٣] .

هذا بينما ذهب جانب كبير من الفقه الفرنسى إلى أنه لا عبرة باختلاف التصور حول نوع العقد أو طبيعته ، إذا كانت النتيجة واحدة . فإن اختلفت النتيجة حسب اختلاف تكييف أو وصف العقد ، يكون هناك غلط حول صفة جوهرية فى محل العقد ،

وعندئذ يصبح العقد قابلاً للإبطال للغلط ، وليس باطلا بطلانا مطلقا لانعدام التراضى [٤٤] .

ويرى بعض الفقه أن هذه المسألة ذات أهمية نظرية وحسب ، إذ القول بانعدام التراضى يؤدى إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، بينما القول بالغلط حول صفة جوهرية فى الشىء أو فى مدى الالتزام يؤدى إلى القابلية للإبطال ، وفى الحالتين يزول العقد بأثر رجعى لأن آثار البطلان واحدة وإن تعددت أنواعه ، فالفارق ما بين المسألتين أنه يجب التمسك بالإبطال فى الحالة الثانية [٤٥] .

ويضيف جانب آخر من الفقه أنه إذا توهم كل طرف نوعا أو طبيعة مختلفة للعقد ، فقد وقع كلاهما فى الغلط ، فينشأ لكل منهما حق فى طلب إبطال العقد . وواقع الأمر أن تمسك كل من الطرفين بالإبطال هو بمثابة الجمع بين دعويين للإبطال النسبى ، ممايتساوى تماما من الناحية العملية مع بطلان واحد مطلق [٤٦] .

وفى الاتجاه ذاته يضيف رأى آخر أن اختلاف التصور حول طبيعة العقد ما بين الطرفين ، هو فى حقيقته غلط حول تقدير مدى الالتزامات الناتجة عن العقد ، سواء قدر المتعاقد على غير الواقع التزامه هو أو الالتزام المقابل من الطرف الآخر، ومن ثم فلا مطعن على مثل هذا العقد إلا إذا توافرت شروط الإبطال النسبى للغلط فى صفة جوهرية تتصل بمحل العقد [٤٧] .

ويبدو أن الإيجاب إذا جاء خلواً مما يشير إلى نوع العقد أو طبيعته ، ولم يمكن استخلاص هذه المسألة من العناصر الأخرى للإيجاب ، فقد تخلف إذن عنصر جوهرى للعقد ، مما يمنع من قيامه .

ولذلك وجب أن يضع الطرفان فى اعتبارهما فى أثناء مفاوضات العقد ، أن موضوع هذه المفاوضات هو إعداد الإيجاب المشترك ، وهذا الإيجاب لن تتوافر له صفته إلا إذا تضمن كافة العناصر الجوهرية للتعاقد ، وفى مقدمتها الاتفاق على نوع العقد أو طبيعته . فإن لم يتم تحديد هذه المسألة صراحة كعنوان لمشروع العقد أو فى مقدمته ، أو فى أحد مواده ، فلا أقل من أن تكون واضحة ومفهومة من خلال العناصر الأخرى للعقد ، وإلا كان هذا مانعا من قيام العقد حتى يتم الاتفاق عليها .

الاتفاق على العناصر الأساسية للعقد :

٢٥

متى اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا على نوع العقد الذى يزمعان الدخول فيه ، أو أمكن استخلاص ذلك من الظروف ، فلا يعنى ذلك أن الإيجاب المشترك قد اكتمل ، فهذه مجرد خطوة نحو هذا الهدف ، ولن يتكون الإيجاب المشترك إلا إذا تم الاتفاق من خلال المفاوضات على العناصر الأساسية للعقد .

ولكن ما هى هذه العناصر الأساسية للعقد ، والتى إن تم الاتفاق عليها قام الإيجاب المشترك ، وانعقد العقد بمجرد القبول المشترك دون حاجة إلى أى إضافة أوبيان جديد من الطرفين ؟ وبمعنى آخر ما هى هذه العناصر التى إن تخلف الاتفاق على واحد منها بقى الطرفان فى مرحلة المفاوضات فلا يقوم العقد برغم القبول المشترك ؟

قد يقال فى هذا الصدد إن هناك عناصر أساسية لكل نوع من العقود يجب الاتفاق عليها حتى يقوم العقد ، ففى عقد البيع تتمثل هذه العناصر فى تحديد الشىء المبيع ومقدار الثمن (٤٨) ، وفى عقد الإيجار بيان العين المؤجرة والمدة والأجرة ، وفى عقد الصلح بيان النزاع الذى يرمى الطرفان إلى حسمه ، والتنازل المتقابل لكل منهما عن بعض ادعائه حول الحق المتنازع عليه .

ولكن مثل هذا القول لا يكفى بذاته لوضع معيار ثابت لما يسمى بالعناصر الأساسية أو الجوهرية للعقد . فليست العقود كلها مما توصف بالعقود المسماة ، فهناك منطقة مهمة للعقود غير المسماة التى لم ينظمها التشريع (٤٩) .

ومن ناحية أخرى فإن القانون إذ يضع تعريفا لكل عقد من العقود المسماة ، فإنه يقصد من ذلك بيان العناصر التى تميز هذا العقد عن غيره من العقود ، فهو لا يعنى بجمع كل العناصر الجوهرية للعقد فى التعريف ، ما دام بعض هذه العناصر سينظم فى التفاصيل التشريعية التى ترد فى صورة قواعد قانونية مستقلة ، سواء كانت قواعد آمرة أو مكملة لإرادة الطرفين (٥٠) .

ومن ذلك أن القول بأن البيع ينعقد بالاتفاق على الشىء المبيع والثمن ، لا يعنى أن العناصر الجوهرية لعقد البيع تقتصر على هذين العنصرين . فما زالت هناك عناصر أخرى جوهرية لا يقوم العقد إلا بالاتفاق عليها . ولا تناقض ما بين القولين ؛ فهذه

العناصر الأخرى ينظمها المشرع فى صورة قواعد مكملة لإرادة الطرفين ، ومن ثم يكون عدم الاتفاق على ما يخالفها اتفاقا على الأخذ بأحكامها . وبالتالى فإن البيع يقوم فى حقيقة الأمر بالاتفاق على المبيع والثمن ، بجانب الاتفاق على العناصر الأخرى التى وردت فى القواعد القانونية المكملة لإرادة الطرفين [٥١] .

ويترتب على ذلك أنه إذا تبين أن الطرفين اتفقا على المبيع والثمن ، وأن أحدهما أو كليهما لم يرتض حكم القواعد المكملة ، مثل طريقة أداء الثمن مثلا ، فلا يقوم العقد . وهذا يدل بوضوح على أن العناصر الجوهرية للبيع ليست هى المبيع والثمن كما وردت فى التعريف القانونى للعقد ، ولكن هناك مسائل أخرى تعد أيضا جوهرية ، يجب الاتفاق عليها حتى يقوم العقد . ويكون هذا الاتفاق إما ضمنيا بالسكوت عن مخالفة حكم القاعدة المكملة وإما صريحا بالاتفاق على مايخالفها .

وقد حاول بعض الفقه أن يقف عند هذه النظرة الموضوعية للعناصر الأساسية للعقد ، فتصور أنها تلك التى تتعلق بالتركيب الفنى للعقد ، سواء كما تصوره المشرع ، أو بحسب النظرة الاقتصادية إليه ؛ أى من حيث التوازن الاقتصادى للعقد ، وما عدا ذلك يعد حتما من العناصر غير الجوهرية التى لا يؤدى عدم الاتفاق عليها إلى تأخير انعقاد العقد [٥٢] .

ولكن يبدو أن أغلب الفقه يرى على العكس من ذلك ، أن العناصر الجوهرية أو الأساسية للعقد ـ التى لا يقوم إلا بالاتفاق عليها ـ لا تقف عند العناصر الموضوعية التى تتعلق بالتركيب الفنى أو بالتوازن الاقتصادى للعقد ، بل تتعدى ذلك إلى العناصر الشخصية التى تعد جوهرية من وجهة نظر أحد المتعاقدين متى دخلت هذه العناصر دائرة التعاقد [٥٣] . فليس هناك من تحديد قاطع وبطريقة موضوعية للعناصر الأساسية للعقد ، ما دامت الظروف توحى بأن عناصر أخرى لها هذه الصفة [٥٤] .

العناصر الموضوعية للعقد :

٣٦ العقد مصدر من مصادر الالتزام ، ومن ثم فكل من يزمع الدخول فى عقد مع الغير يهمه أن يعرف أولاً مدى الالتزامات التى تترتب فى ذمته نتيجة لهذه العلاقة

العقدية . فمن يبيع يهمه أن يعرف ما هو الذى يتخلى عن ملكيته للمشترى ، وكم من النقود سيحصل عليه فى مقابل ذلك ، ويهم المشترى أيضا أن يعرف كم سيدفع وماذا سيأخذ فى مقابل ذلك .

وهذه الالتزامات المتقابلة تعد من العناصر الموضوعية فى كل عقد ، التى لا يقوم بغير الاتفاق عليها . ويصدق ذلك على العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، وعلى عقود المعاوضة وعقود التبرع ، فكل متعاقد يهمه أن يعرف منذ البداية مدى التغيير الذى سيلحق بذمته المالية ومكانته الأدبية ، سواء كان إيجابا أوسلبا نتيجة لقبوله للتعاقد [٥٥] .

والتعرف على الهيكل الاقتصادى أو التأثير الأدبى للعقد ، أو على مدى توازن العقد ، يعد مسألة موضوعية ، باعتبارها مما يدخل فى التركيب الفنى للعقد فى ذاته ، ومن ثم اعتبر ذلك منذ قديم ركنا فى العقد ، وهو ركن السبب ، فيهم كل متعاقد أن يعرف لماذا يلتزم ، ويسبق ذلك بداهة أن يعرف بكم سيلتزم [٥٦] .

ويجمع الفقه على أن الاتفاق على العناصر الموضوعية للعقد أمر ضرورى لقيام العقد ، وأن تخلف هذا الاتفاق يمنع قيام العقد ، بصرف النظر عن مدى الأهمية الذاتية لهذه العناصر لدى أحد المتعاقدين أو كليهما ، فهذه مسألة تتعلق بالتركيب الفنى للعقد ، وهى التى تشكل العملية القانونية التى يرمى العقد إلى تحقيقها [٥٧] ، فلا يتم التبايع إلا بالاتفاق على المبيع والثمن . وإذا تعذرت معرفة أى من العنصرين قبل التعاقد ، يتعذر القول أيضا بأن أحد الطرفين قد باع وأن الآخر قد اشترى [٥٨] .

ولا يتصور أن يقوم العقد دون أن يتفق الطرفان بوضوح على محل التزام كل منهما ، الذى يعد سببا لالتزام الطرف الآخر ، أى الاتفاق على جوهر العقد [٥٩] .

وفى هذا السياق يقول القضاء الفرنسى إن عدم الاتفاق على المناهج محل الدراسة فى عقد التعليم بالمراسلة يمنع من قيام العقد [٦٠] ، وإن عدم تحديد الشقة المبيعة من بين شقق العمارة يمنع من قيام عقد بيع الوحدة العقارية [٦١] .

فلا يتصور إذن أن يقوم عقد البيع إذا لم يتضمن الإيجاب بيان الشىء المبيع والثمن ، ولا أن يقوم عقد الإيجار دون بيان الشىء المؤجر والأجرة أو أساس تحديدها ، ما دام العقد يفترض أن يقوم لمجرد قبول الإيجاب بكلمة واحدة من الطرف الآخر دون أى إضافة [٦٢] .

ويمكن التوصل إلى معرفة العناصر الجوهرية الموضوعية لكل عقد بتحليل الخصائص المميزة لكل عملية قانونية . وبمعنى آخر يجب تحليل المضمون الاقتصادى للعملية التعاقدية لتحديد أى الالتزامات يكون ضروريا لتحققها ، ومثل هذه الالتزامات هى التى تمثل العناصر الجوهرية للعقد [٦٣] .

وعلى ذلك إذا كانت العملية القانونية تتمثل فى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تقديم خدمة ما ، وكان ذلك مما يرتبط بشىء معين ، يجب إذن الاتفاق على نوع العمل أو الامتناع أو الخدمة ، وعلى ذاتية أو وصف الشىء المرتبط بها [٦٤] .

وإذا كانت العملية القانونية تتمثل فى الالتزام بنقل ملكية شىء أو أداء خدمة ما ، وكان الأداء المقابل مبلغا من النقود ، يجب الاتفاق على قدر هذه النقود أو على أساس التقدير ، لأن ذلك يعد عنصرا أساسيا فى تحديد الهيكل الاقتصادى للعقد [٦٥] .

العناصر الجوهرية والعناصر الثانوية للعقد :

٢٦ م

ومتى تحددت العناصر الجوهرية على هذا النحو ، فإن كل ماعدا ذلك من عناصر العقد ، يعد من العناصر الثانوية [٦٦] . والفارق ما بين النوعين أن العقد لا يقوم إلا بالاتفاق على العناصر الجوهرية ، بينما إغفال الاتفاق على العناصر الثانوية لا يمنع من قيام العقد ، على أن يتفق عليها فيما بعد ، ما دام لم يتبين من الظروف أن الطرفين يعلقان قيام العقد على حسم هذه المسائل [٦٧] . وهذا ما يعرف باسم « التكوين المتتابع للعقد » ، حيث يتكون العقد مبدئيا بعناصره الجوهرية ، ثم يكتمل تكوينه بالاتفاق على العناصر الثانوية أو باللجوء إلى القواعد القانونية المكملة أو المفسرة لإرادة الطرفين [٦٨] .

هذا وبينما يقصر بعض الفقه الفرنسى [٦٩] العناصر الجوهرية للعقد على تلك التى تتعلق بالتوازن الاقتصادى للعقد أو بالأداءات المتقابلة فيه ، يتوسع البعض الآخر فى تحديد هذه العناصر الجوهرية لتشمل أيضا كافة المسائل المتعلقة بطريقة تنفيذ العقد وبضمانات التنفيذ ، فهذه ليست من المسائل الثانوية بحال [٧٠] . ومن ثم يتمثل الخلاف

بين الفريقين فى أن الفريق الثانى يعتبر المسائل المتعلقة بالتنفيذ وبضمانات التنفيذ جوهرية بطبيعتها ، بينما الفريق الأول يعتبرها ثانوية ما لم يتضح من ظروف العقد أن الطرفين أو أحدهما يعتبرها جوهرية [٧١] .

ويبدو أن القضاء الفرنسي يأخذ بالرأى القائل بأن العناصر الجوهرية للعقد تقتصر على تلك التى تشكل الهيكل الاقتصادى أو الأداءات المتقابلة فى العقد ، فهذه إن كانت ضرورية ، فهى فى الوقت ذاته كافية . ومن ثم لا يمنع من قيام العقد عدم الاتفاق على طريقة أداء الثمن ، ما دام أحد الطرفين لم يتحفظ باعتبارها شرطا لتمام العقد ، كما لا يمنع من قيام العقد عدم الاتفاق على مدة الإيجار [٧٢] .

هذا وتأخذ العناصر الثانوية حكم العناصر الجوهرية ، من حيث وجوب الاتفاق عليها حتى يقوم العقد ، إذا ما وردت ضمن الإيجاب . فإذا ما تضمن الإيجاب بعضا من العناصر الثانوية - إلى جانب العناصر الجوهرية للعقد - فقبل الطرف الآخر هذه العناصر الجوهرية ورفض بعض العناصر الثانوية لم يقم العقد [٧٣] . فالقاعدة أن القبول يجب أن يكون مطابقا تماما للإيجاب بحيث يكفى فيه قول « نعم » دون تحفظ أو تعديل [٧٤] ، وهو ما يبدو قاعدة مطردة فى نظر القضاء الفرنسى [٧٥] ، برغم تحفظ بعض الفقه هناك بأن رفض بعض العناصر الثانوية التى وردت فى الإيجاب يجب ألا يؤثر فى قيام العقد [٧٦] . ويتفق موقف القضاء الفرنسي مع ما نصت عليه المادة ٩٦ من التقنين المدنى المصرى من أنه إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا ، وذلك دون تخصيص العناصر الثانوية بحكم خاص .

جزاء إغفال الاتفاق على بعض العناصر الجوهرية الموضوعية :

٢٧ أوضحنا أن من خصائص العناصر الجوهرية الموضوعية أنها إذا كانت كافية لقيام العقد ، فهى فى الوقت ذاته ضرورية فى هذا الصدد . ولكن هل يؤدى عدم الاتفاق عليها حتما إلى عدم تصور قيام العقد ؟

من البديهي أنه إذا كانت بعض العناصر محل اختلاف بين الطرفين ، فلا يقوم العقد لعدم تطابق الإرادتين ، وهو الشرط الجوهري لقيام أي عقد (٧٧) . ولكن يثور التساؤل في حالة إغفال الاتفاق على عنصر جوهري في العقد ، كإغفال الاتفاق على الأجرة والثمن ، فهل يجوز للقاضي هنا أن يكمل العقد عن طريق التعرف على ما كان يقصده الطرفان ، أو كانت تتجه إليه نيتهما التي لم يعبرا عنها في العقد ؟

وفقا للقواعد العامة فإن سلطة القاضي في تفسير العقود والتعرف على النية المشتركة للطرفين ، لا تسمح له بحال بتحوير إرادة الطرفين أو الحلول محلها . فلا يقوم العقد في حالة تخلف الاتفاق على واحد من العناصر الجوهرية الموضوعية للعقد . فالسماح للقاضي بتكملة العقد بصدد مسألة معينة ، هو في الواقع تفويض له في أن يحل إرادته هو محل إرادة المتعاقدين في تكوين العقد (٧٨) ، وهذه ليست مهمة القاضي ، فهو يخضع لقانون العقد ، دون أن يشارك في صنعه ، تماما كما يخضع لقوانين الدولة دون أن يدعي لنفسه الحق في صنعها أو تكملتها (٧٩) .

ومع ذلك ففي بعض الفروض لا يكون سكوت الطرفين عن الاتفاق على مسألة جوهرية في العقد مانعا من قيامه ، متى كانت هناك قاعدة قانونية مكملة لإرادة الطرفين تعالج هذه المسألة ؛ إذ يفترض في هذه الحالة أن سكوتهما كان رضاء منهما بحكم هذه القاعدة . فالسكوت عن تحديد مدة بدء نفاذ العقد ، يفهم منه أن الطرفين ارتضيا حكم القاعدة المكملة التي تقضي بأن العقد ينتج أثره فور تمام انعقاده ، ما داما لم يتفقا على موعد آخر (٨٠) .

وفي فروض أخرى استثنائية يجوز للقاضي أن يتدخل لتكملة العقد بصدد المسائل الجوهرية التي لم يتفق عليها ، وذلك بعد قيام العقد . وعادة ما يكون ذلك في العقود التي يجبر المتعاقد على الدخول فيها ، وفي العقود التي تم تنفيذها .

ففي حالات الإجبار التشريعي على التعاقد ـ كما هو الشأن في إلزام رب العمل باستخدام نسبة من العمال المعوقين ، وفي إلزام صاحب البناء المعد للاستغلال بالتأجير ، وفي إلزام التجار بعدم الامتناع عن بيع سلع معينة ـ عادة ما يحدد المشرع كيفية تحديد العناصر الجوهرية التي يتخلف الطرفان عن الاتفاق عليها ، وذلك ليسمح بقيام العقد دون التفات إلى العقبات التي يثيرها الطرف الذي أجبر على التعاقد ،

فيضع عادة حدا أدنى للأجور أو حدا أقصى للأجرة ، أو تسعيرة جبرية لبعض السلع أو الخدمات وهكذا .

وفى حالة العقود التى تم تنفيذها ، يتدخل القاضى لاستكمال العنصر الذى لم يتفق عليه فى العقد . فإذا انتهى الإيجار ولم يكن قد اتفق على الأجرة ، حدد القاضى أجرة المثل . وإذا أنهى الوكيل أعمال الوكالة ، ولم تكن الوكالة تبرعية ، حدد القاضى أجرة الوكيل . وكذلك الشأن إذا نفذ العامل عقد العمل دون اتفاق على الأجر ، وإذا انتهى عقد التوريد دون سبق الاتفاق على أثمان وحدات التوريد وهكذا [٨١] .

العناصر الشخصية أو الذاتية :

٢٨ لا يكفى لقيام العقد أن يتفق الطرفان على كافة العناصر الجوهرية الموضوعية ؛ أى التى تفرضها طبيعة العقد ، ولا تختلف من متعاقد إلى آخر ، بل يجب أيضا الاتفاق على العناصر الذاتية التى اتخذت الصفة الجوهرية ، وإلا ما قام العقد .

ذلك أن أحد الطرفين قد يرى من وجهة نظره الخاصة أن قبوله للتعاقد يتوقف على تحقق أمر معين ، فيعلن ذلك للطرف الآخر ، فعندئذ ترقى هذه المسألة ، التى كانت فى الأصل ثانوية أو غير جوهرية ، بحكم دخولها فى دائرة التعاقد ، إلى مسألة جوهرية لا يقوم العقد بغير الاتفاق عليها .

فالعناصر الشخصية أو الذاتية هى أمور كان يمكن للعقد أن يقوم دون الاتفاق عليها ، لولا أنها بالنسبة إلى متعاقد معين على وجه الخصوص كانت من الأهمية ، بحيث إنه ما كان ليتعاقد إذا لم يتم الاتفاق عليها [٨٢] .

والمعيار الأساسى فى تحويل عنصر ما من عنصر ثانوى ، لم يكن عدم الاتفاق عليه ليمنع أصلا من قيام العقد ، إلى عنصر جوهرى لا يقوم العقد بغير الاتفاق عليه ، هو أن تتوافر له هذه الصفة فى نظر واحد من الطرفين ، وأن يعلم الطرف الآخر بهذه الأهمية الخاصة التى يعلقها المتعاقد على الاتفاق حول هذه المسألة .

فلا يمنع إذن من اعتبار مسألة ما جوهرية لايتم التعاقد بغير الاتفاق عليها ، أن تكون فى ذاتها قليلة الأهمية (٨٣) ، أو أن الخلاف حولها لا يؤثر فى إمكان تنفيذ العقد ، إما لأن القاضى يمكنه تحديدها بسهولة ، وإما لأن هناك قاعدة قانونية مكملة تتعرض لها بصفة مباشرة (٨٤) . مثال ذلك أن يكون أمرا جوهريا فى اعتبار البائع أن التسليم لا يتم إلا بعد أجل معين يتفق عليه ، أو أن يكون جوهريا فى اعتبار المشترى ألا يبدأ توريد الماكينات قبل ستة أشهر من توقيع العقد حتى يتم إخلاء الموقع وإعداد المبانى لاستقبال الماكينات ، أو أن يكون جوهريا فى نظر المشترى أن يتم الشحن إلى ميناء معين دون غيره (٨٥) .

وذهبت أحكام متعددة فى القضاء الفرنسى إلى أن أوصاف الوفاء من حيث كونه مؤجلاً أو مقسطا أو بضمان معين ، تعد كلها من الأمور الجوهرية التى لا يقوم العقد بغير الاتفاق عليها ، متى أشار المتعاقد الذى تعنيه هذه المسألة إلى هذه الحقيقة فى الإيجاب أو فى أثناء مفاوضات العقد (٨٦) .

ولما كان كل عنصر لا تفرضه طبيعة العقد يفترض أن له أهمية ثانوية ، فإنه يجب على من يدعى أن هذا العنصر الثانوى قد تحول إلى عنصر جوهرى أن يثبت هذه الصفة الجديدة . ولا يكفيه فى هذا الصدد أن يثبت أن الاتفاق على هذه المسألة كان محل اعتبار أساسى فى نظره ، بل يجب عليه أن يثبت أيضا أنه قد نقل هذا الاعتبار إلى علم الطرف الآخر ؛ أى أنه قد أدخل هذا العنصر فى دائرة التعاقد (٨٧) .

فالمسائل المتعلقة بمواعيد الوفاء بالثمن وأقساطه وضمانات الوفاء ، قد تكون ثانوية ، ولكن إذا كان من الجوهرى بالنسبة إلى أحد الطرفين أن يحسم أيا منها قبل التعاقد ، تحولت إلى عناصر جوهرية لا يقوم العقد بغير الاتفاق عليها ، متى أثبت أنه قد أحاط الطرف الآخر علما بالأهمية التى يعلقها على هذا الاتفاق (٨٨) .

ويتحقق شرط علم الطرف الآخر بأهمية حسم بعض المسائل الثانوية ، حتى تتحول إلى مسائل جوهرية ، إما بإبلاغ الطرف الآخر بذلك صراحة منذ البداية أو فى أثناء مفاوضات العقد ، وإما بذكرها فى الإيجاب ولو دون الإشارة إلى أهميتها ؛ ذلك أن تخصيص مسألة بالذكر دون غيرها من المسائل الثانوية ، يعنى أن الموجب يعلن أنه لن يتعاقد إلا وفقا لهذه الشروط ، وأن تخلف واحد منها يحول دون قيام العقد (٨٩) .

ولا يلزم أن يكون العنصر الثانوى ، الذى تحول إلى عنصر جوهرى بالصورة السابقة ، واحدا من التزامات أحد الطرفين أو واحدا من عناصر تكوين أو تنفيذ العقد . فقد يكون هذا العنصر خارجيا بالنسبة إلى العقد ، ولكن أحد المتعاقدين يعلن الآخر بأن التعاقد معلق على تمامه . ومن ذلك صدور ترخيص من جهة رسمية أو ضرورة الحصول على موافقتها ، أو الحصول على قرض لتمويل المشروع [٩٠] .

العقود النمطية والظروف الذاتية للمتعاقد :

٢٩

يتميز الوضع المألوف لمفاوضات العقود بخصيصتين رئيسيتين :
الأولى هى أن الطرفين المتفاوضين يناقشان معا تفاصيل التزامات كل منهما .
والثانية هى الوصول إلى اتفاق يتلاءم مع الظروف الفردية لكل منهما ، بحيث يختلف كل عقد عن الآخر حسب الظروف الخاصة لطرفيه .

وبمعنى آخر فإن المفاوضات عادة ما تسفر عن عقد تمت صياغة شروطه من قبل كل من طرفيه ، وهو عقد يتفق مع الظروف الذاتية لطرفيه ، فيختلف البيع من مشتر إلى آخر ومن بائع إلى آخر .

ويطلق على المسألة الأولى « تفصيل العقد » ؛ أى أن العقد بكل تفاصيله كان من صنع الطرفين وصياغتهما ، بينما يطلق على المسألة الثانية « تفريد العقد » ؛ أى أن العقد يتفق مع الوضع الفردى لطرفيه . فإذا كانت عقود البيع كلها تتضمن الاتفاق على الشىء المبيع والثمن ، وكان البائع ملتزما دائما بالتسليم والمشترى بأداء الثمن ، فإن التفريد يتمثل فى أن الثمن قد يكون مؤجلا أو مقسطا ، والتسليم قد يكون فوريا أو مؤجلا أو متتابعا ، وقد يقدم أحد الطرفين ضمانا لتنفيذ التزامه ، الأمر الذى قد تخلو منه عقود بيع أخرى [٩١] .

على أنه فى العصر الحديث كثيرا ما تفتقد العقود خصيصتى التفصيل والتفريد ، حيث تتكفل بصياغة العقد شروط نمطية فرضها عرف المهنة أو الاتحادات المهنية أو تعارف عليها موثقو العقود أو الشركات الكبرى . ففى النهاية يجد التعاقد أن المفاوضات السابقة على التعاقد اقتصرت مهمتها على إقرار مبدأ التعاقد ، أما

تفاصيل التعاقد وشروطه وصياغة العقد ، فإنها تتم حسب أنماط مفروضة ودارجة وموحدة لا تكاد تختلف من متعاقد إلى آخر ، وهذه هي فكرة العقود النمطية (٩٢) .

ولتحديد المقصود بالعقودالنمطية وبيان أثرها في العقد الذي فرضت نفسها عليه ، يجب البدء بالفصل بينها وبين ما يعرف بالعقود المسماة .

ذلك أن القانون المدني يسعى دائما إلى التنظيم التشريعي للعقود الشائعة ذات الأهمية الخاصة في التعامل ، مثل عقود البيع والإيجار والوكالة والقرض وغيرها ، فيتضمن نصوصا تنظم بالتفصيل كيفية انعقاد كل عقد من هذه العقود وتبين آثاره وانتهاءه وأنواعه الخاصة . والغرض من هذا التفصيل التشريعي لمثل هذه العقود - التي يطلق عليها في هذا الحالة اسم العقود المسماة - هو تكملة العقود الفردية عند سكوت الأطراف عن تناول مسألة ما جوهرية أو ثانوية ، أو منع الأفراد من الاتفاق على شروط تهدم التوازن الاقتصادي أو تتنافر مع التركيب الفني للعقد ، مثل اشتراط عدم الضمان برغم الغش ، أو الاتفاق على تأبيد الالتزامات الشخصية وهي مؤقتة بطبيعتها .

ومن ثم فإنه برغم سكوت المتعاقدين عن صياغة بعض أحكام العلاقة العقدية فيما بينهما ، فما زالت المسألة وليدة إرادتهما المشتركة ، التي يفترض أنها ركنت إلى القواعد القانونية التفصيلية ، المكملة أو الآمرة ، باعتبارها أكثر دقة في الصياغة ، وتحقق التوازن بين مصلحة الطرفين . فسكوت المتعاقدين عن الخوض في تفاصيل العقد المسمى يشير إلى ارتضائهما للنموذج التشريعي للعقد في مسألة أو أكثر (٩٣) .

ولكن الأمر يختلف عن ذلك بصدد العقود النمطية ، فهذه تفرض على المتعاقد شروطا معينة كجزء من التعاقد ، فتسلبه حريته بوجهيها ؛ أي من حيث حرية صياغة شروط العقد ، ومن حيث حرية تفريد العقد ليتلاءم مع الظروف الذاتية لطرفيه .

ومن ثم تختلف العقود المسماة عن العقود النمطية ، في أنه بينما نجد أن الأولى هي مجموعة من القواعد القانونية الآمرة والمكملة التي تطبق لمصلحة الطرفين ، فإن الثانية تفرض على العقد بحكم السيطرة التي تفرضها القوى المهنية المختلفة على جمهور المستهلكين (٩٤) .

ومن الأمثلة على ذلك أن تجرى المفاوضات بين شركة وأحد المصارف على أن تودع الشركة أموالها السائلة فى المصرف فى مقابل أن يسمح لها بالسحب على المكشوف - أى بما يجاوز الرصيد الدائن - فى حدود معينة ، مع حقها فى الحصول على خطابات كفالة بنكية فى حدود معينة ، فيفرض عليها عملا توقيع عقد يتضمن شروطا نمطية للحسابات الجارية والكفالات البنكية ، وهذه الشروط فرضها على التعامل إما البنوك الكبرى وإما اتحاد البنوك . وفى النهاية يجد العميل أنه قد فقد حريته فى مناقشة أو تغيير هذه الشروط المهنية السائدة أو الاتفاق على شروط خاصة تتفق ووضعه الفردى من حيث حجم معاملاته أو إيداعاته ، بل وقد يتعرض المصرف ذاته لفقدان هذه الحرية ، بحكم انضمامه لاتحاد البنوك ، أو خضوعه للبنك المركزى ، أو بحكم مخاطر المنافسة ، أو ما قد يجره على نفسه من مشكلات فى سوق الائتمان إن هو خرج عن الشروط المألوفة المفروضة على سائر المعاملات [٩٥] .

وبسبب اتساع نطاق ظاهرة العقود النمطية فى العلاقات العقدية فى العصر الحديث ، اهتم الفقه بوضع تعريف أو تحديد لها ، تمهيدا لبيان الآثار القانونية المترتبة عليها .

ويمكن تعريف العقود النمطية بأنها نماذج مفروضة لبعض العقود أو بعض الشروط [٩٦] . أما وسيلة فرض هذه النماذج على المتعاملين ، فقد تكون من واقع القوى الاقتصادية أو المهنية المؤثرة فى نشاط معين ، مثل اتحاد البنوك أو اتحاد التأمين ، أو من واقع التقليد والمحاكاة ، كما إذا سارت عليها أكبر الشركات فتقلدها الشركات الأخرى ، أو من واقع تعارف أبناء المهنة عليها لصلاحيتها وسهولة الرجوع إليها ، مثل الشروط المألوفة فى مجال البيوع العقارية أو المعاملات المصرفية ، أو مقاولات المبانى أو توريد المصانع وإدارتها ، أو لأنها أفضل الشروط التى تشير الخبرة الطويلة إلى أنها تحسم الكثير من المنازعات وتبين لكل طرف حقوقه والتزاماته بوضوح [٩٧] .

وتهدف العقود النمطية إلى استبعاد العقود المسماة لتحل محلها فى العمل . فالعقود المسماة تنظيم تشريعى يتخذ صورة المواد القانوينة أو النصوص المجردة التى تحتاج إلى إعادة الصياغة لتكون صالحة لإدراجها بين شروط العقد ، بينما الشروط والعقود النموذجية تكون جاهزة للدخول فى العملية العقدية فورا، فهى تتخذ

شكل الصياغة الدقيقة وتقدم حلولاً عملية مرنة للمشكلات اليومية التى لا يعرفها واضعو التشريع ، وهذا هو السبب فى أنها تكون مفروضة وليست مكملة (٩٨) .

ويرغم أن الشروط والعقود النمطية يجرى تصورها عادة على أنها من وضع الغير ، مثل الاتحادات المهنية ، وليست من وضع أحد الطرفين (٩٩) ، فمن المتفق عليه اليوم أن صفة واضع الشروط أو العقود النمطية ليست عنصرا فى صفة « النمطية » هذه ، ومن ثم فقد تكون من وضع أو صياغة أحد طرفى العقد ، وهو عادة ما يعرف باسم « الشروط العامة » التى تضعها الشركات والمنشآت الصناعية والتجارية الكبرى وتفرضها على العملاء (١٠٠) .

وتتنوع العقود أو الشروط النمطية عادة إلى نوعين : العقود النمطية الإدارية والعقودالنمطية الخاصة .

أما العقود النمطية الإدارية فهى تلك التى تصدرها جهة الإدارة فى صورة قرار أو تشريع أو لائحة ، للعمل بها فى مجال معين من الأنشطة التى تقوم بها المرافق العامة ، مثل المقاولات العامة والتوريدات والإنشاءات وغيرها . وعادة ما تكون هذه الشروط أو العقود النمطية إجبارية لكل من جهة الإدارة والمتعاقد معها ، ما لم يسمح القرار أو التشريع بالتحرك المحدود فى إطار بعض هذه الشروط .

ومن أهم خصائص هذه الشروط أو العقود النمطية الإدارية أنها تطبق حتما على العقود الإدارية ، ولو لم تتم الإشارة أو الإحالة إليها فى العقد ، أو كان أحد الطرفين أو كلاهما يجهل وجودها (١٠١) .

أما العقود النمطية الخاصة ، فهى التى ترجع فى مصدرها إلى أشخاص القانون الخاص الطبيعيين أو الاعتباريين ، وعادة ما تضعها الشركات الكبرى المهيمنة فى مجال معين ، مثل المصارف والتأمين والنقل ، لتوحيد شروط التعاقد بينها وبين عملائها ، وهذه عادة ما يطلق عليها اسم « الشروط العامة » ، وتكون مطبوعة سلفا وترفق إجباريا بقائمة البيانات الفردية الخاصة بكل عميل . وقد تكون هذه الشروط العامة من وضع الاتحاد العام الذى تنتمى إليه هذه الشركة .

وتحرص الشركات الكبرى على الإشارة دائما فى كل إيجاب تتقدم به ، وفى كل المفاوضات التى تدخل فيها ، وفى كل العقود التى توقعها ، إلى أن هذه الشروط العامة تعد جزءا لا يتجزأ من العقد الذى تبرمه مع كل عميل على حدة .

وهذه الشروط العامة ـ على خلاف القواعد القانونية المكملة أو المفسرة لإرادة الطرفين ، وعلى خلاف العقود والشروط النمطية الإدارية ـ لا تطبق بقوة القانون على كل العقود التى تدخل فيها الشركة أو المنشأة ، ولكن يجب لتطبيقها أن يوافق عليها الطرفان معا ، بالنص صراحة فى عقدهما الفردى ، على أن الشروط العامة لأحد الطرفين تعد جزءا لا يتجزأ من العقد [١٠٢] .

ومن الناحية القانونية لا إلزام على الطرفين فى اعتبار مثل هذه الشروط العامة جزءا من علاقتهما العقدية ، فيجوز إغفال الإشارة إليها كليا أو جزئيا [١٠٣] .

ومن الناحية النظرية ليس هناك ما يمنع من أن يحصل اتفاق معين على وجه الخصوص على شروط خاصة تخالف هذه الشروط العامة . وفى هذه الحالة يتماثل الوضع مع القواعد القانونية المكملة أو المفسرة التى ينطوى عليها تنظيم العقود المسماة . فهذه القواعد تطبق على جميع أولئك الذين لم يستبعدوها باتفاق فيما بينهم ، والعقد النمطى أو الشروط العامة لا تطبق إلا على هؤلاء الذين اتفقوا على تطبيقها [١٠٤] .

على أنه من الناحية العملية ، عادة ما تكون الشركات والمنشآت الكبرى ذات الأهمية الخاصة فى مركز يمكنها من السيطرة على النشاط الذى تخصصت فيه ، وترفض إجراء أى تغيير أو تعديل فى الشروط العامة . كما أن الشركات الأقل أهمية عادة ما تتبع النهج ذاته بسبب ارتباطها باتحادات مهنية ، أو بدافع التقليد أو الإفادة من مواقف الشركات الكبيرة [١٠٥] .

المبحث الثالث
نتيجة المفاوضات

نجاح المفاوضات :

٣٠ أوضحنا من قبل أن الهدف من المفاوضات هو أن يتوصل الطرفان إلى تصور مشترك للعقد الذى يكونان على وشك الدخول فيه . ومن ثم فهما ينتهيان عادة إلى صياغة ما يمكن تسميته بالإيجاب المشترك ، الذى يكفى توقيعه ليصبح عقدا قائما ملزما لطرفيه .

ولا توصف المفاوضات بأنها قد نجحت إلا إذا أسفرت عن هذا الإيجاب المشترك . وليس المقصود بداهة هو أى إيجاب مشترك ، وإنما الإيجاب الذى يصلح لأن يتحول إلى عقد بمجرد قبوله . وبمعنى آخر ليس كل تصور مشترك بين الجانبين المتفاوضين ، مما يصلح لأن يكون نتيجة قانونية للمفاوضات ما دامت لم تتوافر فيه خصائص الإيجاب القانونى ، وإلا نكون ما زلنا بصدد المفاوضات فى مراحلها الأولى ولم نصل بعد إلى النتيجة الناجحة للمفاوضات أو مشروع العقد .

ويشترط فى النتيجة القانونية للمفاوضات أو الإيجاب المشترك ، أن يكون محددا من ناحية ، ومؤكدا أو قاطعا من ناحية أخرى ، وهذه هى الشروط العامة للإيجاب .

وقد درسنا الخصيصة الأولى للإيجاب ، وهى أن يكون محددا ، وذلك من خلال دراسة محل التفاوض . ويبقى أن ندرس الخصيصة الثانية للإيجاب وهى أن يكون قاطعا .

ويقصد من هذه الخصيصة الثانية ، وهى أن يكون الإيجاب مؤكدا ، أن يكون كل من الطرفين قد أراد التعاقد حقيقة ، وألا تكون لدى أى منهما تحفظات على التعاقد . ففى الحالتين تكون هناك عقبة تحول دون قيام العقد بمجرد التوقيع عليه أو الموافقة من جانب الطرفين .

ونخلص من ذلك إلى أن الطرفين المتفاوضين يحددان من خلال مفاوضاتهما محل العقد ، ومن ثم يصبح الإيجاب المشترك بينهما وقد استوفى الصفة الأولى التى يتطلبها القانون فى كل إيجاب وهى أن يكون محددا . ولكن هذه الصفة لا تكفى وحدها لقيام العقد بمجرد القبول من جانب طرفيه ، إذا لم يكن الإيجاب مؤكدا . ويكون الإيجاب كذلك إذا كانت هناك إرادة حقيقية للطرفين فى التعاقد ، وكان مجردا من التحفظات التى تحول دون قيام العقد بمجرد القبول . وسوف نتناول كل ذلك فى مطلبين :

المطلب الأول : إرادة التعاقد .

المطلب الثانى : تحفظات الإيجاب .

المطلب الأول

إرادة التعاقد

المفاوضات والإرادة الباطنة للتعاقد :

٣١ الخصيصة الرئيسية لفكرة العقد أنه عمل إرادى ، فهو لا يتم إلا بتلاقى التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ومن ثم لا يقوم العقد إذا تخلفت إرادة التعاقد لدى واحد من الطرفين .

على أن التعبير عن الإرادة ، يتحلل فى الواقع إلى مسألتين : مسألة التعبير ، ومسألة الإرادة التى تم التعبير عنها . فالإنسان يحزم أمره فى قرارة نفسه على أن يبيع ، وهذه هى الإرادة ، ثم يعلن هذا القرار إلى المشترى ، فى صورة كتابة أو لفظ أو إشارة ، وهذا هو التعبير عن الإرادة . وهذا القرار النفسى الداخلى يطلق عليه اسم الإرادة الباطنة ، بينما يسمى التعبير عن الإرادة بالإرادة الظاهرة أو المعلنة . فالإرادة إذن قرار نفسى اتخذ شكلاً معلنا .

والأصل أن تتطابق كل من الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فيعلن الشخص نفس ما اتخذه من قرار نفسى ، وعندئذ لا تثور مشكلة فى الأمر ، إذ يكفى للتعرف على إرادة التعاقد ، مجرد الاطلاع على الإرادة الظاهرة أو المعلنة ، فهذه صورة صادقة للإرادة الباطنة .

ومن ثم إذا كانت الإرادة الباطنة لكلا الجانبين هى الدخول فى العقد النهائى على الأسس التى تم حسمها بالمفاوضات ، وقد أعلنا ذلك فى صورة مشروع للعقد ، أو خطابات متبادلة ، فإن الإيجاب المشترك هنا يكون قد استوفى أوصافه القانونية التى تؤهله لإقامة العقد بمجرد القبول أو التوقيع . فتكفى إذن كلمة الموافقة - التى يتم التعبير عنها بالتوقيع أو بخطاب أو برقية أو غيرها - لكى يقوم العقد ملزما لطرفيه ، ما دام الإيجاب أيضا كان محددا فى عناصره .

ولكن قد يحدث اختلاف بين الإرادة الباطنة والإرادة المعلنة أو الظاهرة ، فتعلن الشركة الأولى أن مشروع العقد مناسب فى حين أن قرارها غير المعلن هو عدم التعاقد ، أو عدم الدخول فى العقد النهائى . أو على العكس من ذلك تعلن الشركة عدم رغبتها فى إبرام العقد النهائى ، بينما هى قد قررت بقرار غير معلن قبول التعاقد على الأسس التى تم التوصل إليها من خلال المفاوضات .

فإذا ما تحقق هذا الفرض - أى الاختلاف أو عدم التطابق بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة أو المعلنة - يثور التساؤل عندئذ عن أى الإرادتين يجب الاعتداد بها ، إذ أن الإجابة عن ذلك هى التى تحدد ما إذا كان العقد قد قام بالقبول ، أو أنه لم يقم لعدم توافر إرادة التعاقد لدى أحد الطرفين .

حقا إن الإرادة الباطنة هى تلك التى يجب أن يعول عليها ، باعتبار أن الإرادة الظاهرة ما هى إلا تعبير عن هذه الإرادة الباطنة ، فإذا كان التعبير مخالفا أو غير صادق لم يكن هذا تعبيرا عن الإرادة الباطنة ، فالتعبير عن شىء لا يكون إلا بإظهاره بصورته الحقيقية . ومع ذلك فإن التعبير غير الصادق عن الإرادة لا يجب أن يترك هكذا بغير أثر قانونى ، إذ هو فى بعض الأحوال يخلق مركزا أو وضعا ماديا فى مواجهة الغير ، مما يجب الاعتداد به [١٠٦] .

ومن ثم فإن الأصل عند اختلاف الإرادة المعلنة عن الإرادة الباطنة هو الاعتداد بالإرادة الباطنة ، ما لم يرتب القانون آثارا قانونية على الإرادة المعلنة - المخالفة لتلك الباطنة - وهى آثار قد تصل إلى اعتبار العقد وقد انعقد [١٠٧]

وفى إطار الفرض الذى يدخل فيه الطرفان فى مفاوضات سابقة على إبرام العقد ، يمكن أن يثور تساؤل ذو وجهين : الوجه الأول يتعلق بحالة نجاح المفاوضات ، والتوصل إلى مشروع للعقد ، فهل يصبح هذا المشروع صالحا لتكوين العقد بمجرد التوقيع ولو كان ذلك مما يخالف الإرادة الباطنة لواحد من الطرفين ؟

والوجه الثانى يتعلق بحالة فشل المفاوضات حيث يتمسك كل طرف بوجهة نظره المغايرة لوجهة نظر الطرف الآخر ، فهل يمنع ذلك من قيام العقد ، إذا وجدت إرادة باطنة لدى الطرفين لإبرام العقد ؟

فنبحث إذن فى مسألتين :

- الاتفاق على مشروع العقد مع تخلف إرادة التعاقد .

- إعلان الرغبة فى عدم الالتزام ، مع توافر إرادة التعاقد .

وذلك على النحو التالى :

أولاً - الاتفاق على مشروع العقد مع تخلف إرادة التعاقد :

٣٢ إذا أسفرت المفاوضات عن إيجاب مشترك تمت صياغته فى صورة مشروع للعقد ، فمعنى ذلك أن كلاً من الطرفين يعلن استعداده للتعاقد . ويعد مشروع العقد - بعد توقيعه - تلاقيا وتطابقا للإرادة الظاهرة أو المعلنة للطرفين .

والأصل أن يكون توقيع مشروع العقد من كلا الطرفين دليلاً مؤكدا على توافر إرادة التعاقد عندهما حقيقة .

ولكن ما هو الحكم فى الفرض الذى يتوصل فيه أحد الطرفين ، فيما بعد ، إلى إثبات أن إرادته الحقيقية تخالف إرادته المعلنة ، وأنه فى حقيقة الأمر لم يكن يريد التعاقد أو الالتزام بالعقد . فهل يجوز للطرف الآخر أن يتمسك بالإرادة المعلنة لمن تعاقد معه ، متجاهلا إرادته الباطنة ، وهل يتجرد هذا الاختلاف ما بين الإرادتين من أى أثر قانونى يهدد سلامة العقد ؟

لم تصل التشريعات فى مختلف الدول إلى تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة بصفة مطلقة ، أو الاعتداد بالإرادة المعلنة وحدها بصرف النظر عن تطابقها مع الإرادة الحقيقية . ولكن المتفق عليه هو أن هناك أحوالاً يعتد فيها بالإرادة المعلنة وحدها ، فلا يسمح بالادعاء بمخالفتها للإرادة الباطنة ، وهناك أحوال أخرى يؤدى فيها إثبات اختلاف الإرادة الباطنة عن الإرادة المعلنة إلى زوال العقد [١٠٨] .

أ) أحوال يعول فيها على الإرادة الظاهرة وحدها :

٣٣ تتفق أغلب التشريعات على أن هناك أحوالاً يتطلب فيها استقرار التعامل والثقة بالعقود ، منع أى من الطرفين من الادعاء بعد التعاقد ، بأنه قد تعاقد على غير مايريد ، وبالتالي يطمئن كل متعاقد إلى أن مصير العقد لن يتهدده أى ادعاء بأمور هو لا يعرفها ويفاجأ بها بعد التعاقد .

ومن أهم هذه الأحوال التى لا يجدى فيها إثبات أن الإرادة الباطنة لم تنصرف إلى التعاقد : حالة وضوح عبارات العقد ، وحالة عيوب الإرادة التى لم تدخل فى دائرة العقد ، وحالة التحفظ الذهنى [١٠٩] .

١ ـ حالة وضوح عبارات العقد :

٣٤ القاعدة المتفق عليها ، أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة : أى أنها لا تثير فى الذهن إلا معنى واحدا ، لايجوز العدول عن الإرادة الظاهرة أو المعلنة إلى الإرادة الباطنة المخالفة لها ولو تم إثبات ذلك .

وقد نصت المادة ١٥٠ من القانون المدنى المصرى على أنه « إذا كانت عبارات العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها » . ومن ثم يمتنع على القاضى أن يأخذ بأى معنى غير ذلك الذى اتفق عليه بوضوح من خلال العبارات القاطعة التى تضمنها العقد ، وإلا كان فى ذلك مسخ للعقد ، وأخذ بشىء لم يتفق عليه الطرفان [١١٠] .

وقال القضاء الفرنسى إن الشروط الواضحة للعقد والقاطعة فى معناها ، تنفذ ولاتفسر [١١١] .

وقال أيضا إنه فيما يخص العقود المكتوبة ، لا يجوز إثبات عكس الكتابة إلا بكتابة صادرة عن الطرفين أو من المدعى عليه . وهنا نكون بصدد تعديل لمضمون العقد ، لا بصدد تغليب للإرادة الباطنة على الإرادة المعلنة [١١٢] .

ويقول الفقه أيضا إنه إذا أعلن المتعاقد إرادته بوضوح وبطريقة قاطعة ، بما يخالف إرادته الحقيقية ، فهو إما مهمل أو سيئ النية ، وفى الحالتين يجب عليه تعويض الطرف الآخر الذى وثق بسلامة هذه الإرادة المعلنة (١١٣) ، ولعل أفضل تعويض فى هذا الصدد هو اعتبار العقد قائما (١١٤) .

ومن ثم فإن صياغة مشروع العقد فى عبارات واضحة وقاطعة فى معناها ، من شأنه حماية كل متعاقد فى مواجهة أى ادعاء مستقبل من الطرف الآخر بتخلف إرادة التعاقد لديه .

٢ـ عيوب الإرادة التى لم تدخل دائرة التعاقد :

٣٥ إذا تعاقد شخص تحت تأثير الغلط أو التدليس ، بحيث توهم غير الواقع ، ولو أنه عرف الحقيقة قبل التعاقد لماتعاقد ، أو تعاقد تحت تأثير إكراه بعثه الغير فى نفسه بغير وجه حق ، فهو فى الحقيقة إنما يتعاقد بإرادة ظاهرة ، تخالف إرادته الحقيقية التى لم تتجه بحال إلى التعاقد بهذه الصورة . فالإرادة الباطنة لو أنها تخلصت من الغلط أو التدليس أو تحررت من الإكراه ما اتجهت إلى هذا التعاقد الذى أعلن الشخص قبوله الدخول فيه .

فإذا كان عيب الرضاء لم يدخل فى دائرة العقد ، بأن لم يكن معلوما من الطرف الآخر ، ولم يكن بإمكانه أن يعلمه ، يجب التضحية بالإرادة الحقيقية ، وإعلاء الإرادة الظاهرة أو المعلنة ، ضمانا لاستقرار التعامل ، ومنعا من الادعاء باختلاف الإرادتين سعيا وراء التخلص من العقد .

فلا سبيل إذن إلى طلب إبطال العقد إذا كان الطرف الآخر لم يعلم ، وليس بإمكانه أن يعلم ، بأن الطرف الآخر قد توهم غير الواقع ، أو هو لم يدلس على من تعاقد معه ليوقعه فى الغلط ، أو هو لم يعلم وليس بإمكانه أن يعلم بأن المتعاقد الآخر ما دخل فى العقد إلا تحت تأثير إكراه صادر من الغير (١١٥) .

٢ـ تجاوز النائب حدود نيابته :

٣٦ إذا تعاقد الشخص عن طريق النيابة ، فإن النائب يعبر عن إرادته هو ، فيضيف آثار العقد إلى الأصيل [١١٦] . والواقع هنا أن كلا من الإرادة الظاهرة والباطنة هى إرادة النائب ، ولكن الاختلاف قد يظهر فى العمل ليس فى صورة الخلاف بين إرادة ظاهرة وإرادة باطنة للنائب ، ولكن بين إرادة الموكل التى عبر عنها فى عقد الوكالة مثلا ، وبين إرادة الوكيل التى عبر عنها للغير عند إبرامه التصرف محل الوكالة . كما قد يظهر هذا الاختلاف أيضا عند تجاوز النائب عن الشخص الاعتبارى حدود سلطته . وفى الحالتين يثور التساؤل عما إذا كان يجوز للموكل أو للشخص الاعتبارى أن يتنصل من كل تجاوز من جانب النائب لحدود نيابته .

ـ تجاوز الوكيل حدود وكالته :

٣٧ الأصل أنه إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة ، فلا يسرى هذا التجاوز فى مواجهة الموكل .

وتصدق هذه القاعدة تماما إذا كان الغير الذى تعاقد معه الوكيل يعلم فعلا حدود سلطات الوكيل ، أو هو قد أهمل فى التعرف على حدود الوكالة ، فلم يعن بطلب سند الوكالة ، أو هو قد أهمل فى التعرف أو الاطلاع على السندات والمحررات التى تم شهرها [١١٧] .

غير أنه إذا تبين أن الغير قد تولد لديه اعتقاد مشروع بأن الوكيل يعمل فى حدود وكالته ، وأن الوكالة قائمة فعلا ، فإن العقد يسرى فى مواجهة الموكل برغم تجاوز الوكيل لحدود وكالته أو برغم عدم وجود الوكالة .

ويكون هذا الاعتقاد مشروعا ، إذا وجدت مظاهر للوكالة ترجع إلى خطأ الموكل أو إلى إهماله ، مثل غموض عبارات الوكالة ، أو إهمال تجريد الوكيل السابق من مظاهر الوكالة بعدم سحب سند الوكالة منه ، أو عدم متابعة نزع لافتة من باب المتجر أو المكتب تفيد أن له صفة الوكالة . فالموكل يكون قد ارتكب هنا خطأ سبب ضررا للغير ، وخير تعويض لهذا الضرر هو إلزام الموكل بالعقود التى أبرمها الوكيل استغلالاً لهذه المظاهر الخادعة [١١٨] .

ويتولد هذا الاعتقاد المشروع أيضا في حالة الوكالة الظاهرة ، أي متى كانت هناك مظاهر توحى للعامة بأن الشخص له صفة وسلطات الوكيل ، وذلك باعتبار أن الغلط الشائع يولد الحق (١١٩) .

ـ تجاوز ممثل الشخص الاعتبارى حدود سلطاته :

٣٧م الأصل أن الشخص الاعتبارى ليست له إرادة ، إذ أن الإرادة باعتبارها عملاً نفسيا تقتصر على الشخص الطبيعى أى الإنسان . ومن ثم فإن من الأصوب القول بأن الشخص الاعتبارى يمارس حياته القانونية من خلال أعضائه ، وهم مجموعة من الأشخاص الطبيعيين ، مثل مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية أو المديرين .

وينكر بعض الفقه أن يكون هناك خلاف بين (ما أراده) الشخص الاعتبارى حقيقة وبين ما عبر عنه ممثله تجاه الغير ، فالمدير يمثل الإرادة الجماعية للشخص الاعتبارى ، وهذه ليست بالضرورة مجموع الإرادات الفردية (١٢٠) ، فهو يعبر عن إرادة تقوم على التقدير واتخاذ القرار والمسئولية ، ومن ثم يجب أن نفكر فى أعضاء للشخص الاعتبارى أكثر من أن نقول إنهم ممثلون له أو نواب عنه (١٢١) .

ومع ذلك ففى الأحوال التى يتجاوز فيها ممثل الشخص الاعتبارى حدود سلطاته المستمدة من نظام الشركة مثلا ، لا يحتج بما أجراه من تصرفات على الشخص الاعتبارى ، ما دامت حدود هذه السلطات مشهرة فى نظام الشركة أو كان الغير يعلم بها ، أو كان بإمكانه العلم بها من واقع المألوف فى التعامل فيما يخصه أو يخص الآخرين كافة (١٢٢) .

وتذهب أغلب التشريعات إلى اعتبار شهر نظام الشركة وما يلحقه من تعديلات قرينة على علم الغير بحدود سلطات المدير المتعاقد ، ولكن مع التحفظ بالقيود غير المألوفة ولو كانت مشهرة ، مثل منع المدير العام من التوقيع إلا مع موظف الحسابات ، أو منع مدير المبيعات من البيع منفردا . هذا إلى جانب إعمال فكرة الوكالة الظاهرة ، إذا كان الاعتقاد المشروع للغير ، بأن من تعاقد معه يملك سلطة التعاقد نيابة عن الشخص الاعتبارى ، يرجع إلى إهمال أو تقصير من جانب الشركة (١٢٣) .

٤ ـ التحفظ الذهنى :

٣٨

التحفظ الذهنى هو أن يضمر الشخص غير ما يعلن لسبب فى نفسه ، إما عن عمد أو غير عمد . فهو يعلن انصراف إرادته إلى إلزام نفسه بالعقد ، ولكنه فى قرارة نفسه لايريد أن يلتزم [١٢٤] . مثال ذلك الدخول فى مفاوضات العقد حتى نهايتها بما فى ذلك توقيع العقد ، ثم يزعم أنه لم يكن يقصد الالتزام بالعقد ، بل مجرد الدعاية أو بقصد تقييم مدى سمعة منتجاته ، أو التعرف على أسعار السوق .

وبرغم تخلف إرادة التعاقد فى حالة التحفظ الذهنى ، فإن إثباته ـ برغم صعوبته ـ لا يؤثر بحال فى سلامة العقد .

ذلك أن التحفظ الذهنى إذا كان معلوما من الطرف الآخر انقلب الأمر إلى عقد صورى ، قصد به اصطناع تصرف ظاهر لإخفاء وضع حقيقى مخالف ، والصورية ليست بذاتها سببا للبطلان ، ولكن يعتد بين الطرفين بالوضع الحقيقى [١٢٥] .

وإذا كان التحفظ الذهنى غير معلوم من جانب الطرف الآخر ، فهذا مايمنعه من معرفة الإرادة الحقيقية لمن تعاقد معه ، وهو لا يعلم هنا إلا ما تلقاه من إرادة معلنة .

وفى هذا الصدد يقرر القانون الألمانى بنص صريح الاعتداد بالإرادة الظاهرة . أما فى القانون الفرنسى فيبدو أن محكمة النقض هناك عالجت الموقف عن طريق القول بأنه يحظر على قاضى الموضوع البحث عن الإرادة الحقيقية عند وضوح الإرادة المعلنة ، وهو ما دعا جانبا من الفقه الفرنسى إلى القول بانتصار نظرية الإرادة الظاهرة فى هذا الشأن [١٢٦] ، وهو يدلل أيضا على ذلك بأن عدم إعلان المتعاقد عن صفته كنائب ، وهو نوع من التحفظ الذهنى ، لم يمنع القضاء من الحكم بقيام العقد مع انصراف آثاره إلى المتعاقد [١٢٧] .

ويؤكد جانب آخر من الفقه الفرنسى أن التحفظ الذهنى لا يؤثر حقا فى سلامة العقد ، ولكن مع الأخذ فى الاعتبار أنه فى أحوال معينة تقتضى طبائع الأشياء أو طبيعة العقد أو العرف ، عدم قيام العقد ، متى كان التحفظ الذهنى معلوما للطرف الآخر . فالإعلان عن بيع الشاحنات أو السيارات أو الجرارات من الشركات الكبرى

يكون مقرونا ضمنا بتحفظ ذهنى بعدم الارتباط إلا فى حدود الكمية المتاحة أو فى حدود إنتاج السنة الجارية ، ويجب أن يكون ذلك مفهوما من الطرف الذى قبل هذا العرض [١٢٨] .

ب) أحوال يعول فيها على الإرادة الباطنة :

٣٩ على أنه فى أحوال أخرى يجرى الاعتداد بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة أو المعلنة عند الاختلاف بينهما ، وعادة ما يكون ذلك بقصد حماية الشخص من الالتزام بما لم يرده حقيقة ، وعندئذ تتم الموازنة بين اعتبار حماية المتعاقد ، واعتبار استقرار المعاملات والثقة فى العقود ، عن طريق اشتراط علم المتعاقد الآخر ، أو إمكان علمه ، أو اشتراكه فى هذا الاختلاف الذى حدث بين الإرادة الباطنة والإرادة المعلنة لمن تعاقد معه .

١ـ الصورية :

٤٠ تتحقق الصورية عندما يتفق الطرفان على إخفاء الحقيقة عن الغير بتصرف ظاهر يخالف الوضع الحقيقى بينهما . وقد تنصب الصورية على العقد فى مجموعه ، أو على ركن أو عنصر فيه . ومثال الحالة الأولى إبرام عقد بيع بين الطرفين ، فى حين أنهما حقيقة لم يتبايعا . ومثال الحالة الثانية ذكر غير الحقيقة فيما يتعلق باسم المتعاقد ، أو الثمن أو غير ذلك . وعادة ما يدرج المتعاقدان الوضع الحقيقى فى ورقة مضادة منعا من تمسك أحدهما قبل الآخر بالعقد الصورى .

فإذا ما حدثت الصورية فالعبرة فيما بين الطرفين هى بالحقيقة ؛ أى بما تلاقت عليه إرادتهما الباطنة ، وليس بما عبرا عنه بإرادتهما الظاهرة فى التصرف الصورى . فلا تنتقل الملكية برغم البيع الصورى ، والعبرة بالثمن الحقيقى المتفق عليه ، وليس بالثمن الذى ذكر فى التصرف الصورى .

أما الغير حسن النية فله أن يتمسك تجاه الطرفين أو أحدهما بالعقد الحقيقى أو بالعقد الظاهر حسب مصلحته . فيجوز لدائن المشترى الصورى أن يتمسك بالعقد الصورى توصلاً إلى اعتبار العين وقد دخلت فى ذمة مدينه ، فيحجز عليها وفاء لحقه . وإذا تعارضت المصالح فتمسك البعض بالعقد الحقيقى ، بينما تمسك الآخرون بالعقد الظاهر ، فالأفضلية للفريق الأخير ، وذلك ضمانا لاستقرار الثقة بالعقود [١٢٩] .

٢ ـ النقل غير الصحيح للإرادة :

٤١ إذا كان الاختلاف بين الإرادة المعلنة والإرادة الباطنة راجعا إلى خطأ وقع من رسول مستقل عن صاحب الإرادة ، مثل مصلحة البرق تبلغ برقية خاطئة ، يثور التساؤل عن مدى إمكان قيام العقد فى هذه الحالة .

فى هذا الصدد يذهب منطق نظرية الإرادة المعلنة إلى قيام العقد على أساس هذه الإرادة المعلنة ، برغم ما لقيته الإرادة من تحوير أو خطأ فى أثناء النقل ، وذلك حماية الثقة المطلقة بالعقود ، بينما يذهب منطق نظرية الإرادة الباطنة إلى عدم قيام العقد ، لأن الشخص لا يلتزم بشىء لم تنصرف إليه إرادته الحقيقية .

على أنه مما يخفف من حكم النظرية الأولى فى هذا الشأن أن التعبير الظاهر أو الخاطئ لا يعول عليه إلا إذا تولد لدى الطرف الآخر اعتقاد مقبول بأن التعبير الذى وصل إليه قريب الاحتمال ولا يتضمن غلطا ظاهرا [١٣٠] . ومن ثم فإن الأخذ بالإرادة الظاهرة يكون مقيدا بعدم علم الطرف الآخر بالحقيقة أو عدم إمكان علمه بها .

وللطرف الذى يشكو من النقل الخاطئ لإرادته أن يرجع بالتعويض على الرسول عن الضرر الذى نجم عن تعاقده على غير ما يريد .

ولكن يبدو أن التشريعات اللاتينية وما يتبعها تأخذ موقفا آخر معتدلا ؛ إذ هى لا تعتبر البرقية حجة على مرسلها إلا بقدر مطابقتها للأصل المودع فى مكتب التصدير ، ومن ثم تفقد البرقية حجيتها إذا كانت تخالف الأصل [١٣١] .

٣ ـ غموض عبارات العقد :

٤٢

إذا كانت عبارات العقد غير واضحة ، بحيث تثير فى الذهن أكثر من معنى ، فثار النزاع بين الطرفين ، وتمسك كل منهما بالمعنى الذى يرى أنه يتفق مع إرادته الباطنة ، يجب على القاضى أن يلجأ فى هذا الحالة إلى تفسير العقد لترجيح معنى على الآخر .

ويلجأ القاضى إلى التفسير هنا ليس بحثا عن الإرادة الباطنة للطرف الذى يشكو ، ولكن للبحث عن النية المشتركة للطرفين ؛ أى عن المعنى الذى تلاقت عليه الإرادة الحقيقية لكل من الطرفين المتعاقدين ، وذلك بصرف النظر عن المدلول الحرفى للألفاظ التى استخدمت فى صياغة نصوص العقد والعبارات محل الخلاف .

وفى هذه الحالة يطرح القاضى جانبا الإرادة الظاهرة أو المعلنة ـ لغموضها وتعدد معانيها ـ ويعتد بما تلاقت عليه الإرادة الحقيقية للطرفين ، فيصل بذلك إلى تفضيل الإرادة الباطنة لكل متعاقد على التعبير الغامض عنها [١٣٢] .

٤ ـ عيوب الرضاء التى دخلت دائرة التعاقد :

٤٣

إذا كان اختلاف الإرادة الباطنة أو الحقيقية لأحد الطرفين عن إرادته الظاهرة التى أعلنها من خلال نصوص العقد ، يرجع إلى غلط أو تدليس ، فلا اعتداد بالإرادة الباطنة إلا إذا كان ما انصرفت إليه الإرادة الباطنة قد دخل فى دائرة التعاقد . ويتحقق ذلك إذا كان الطرف الآخر يعلم ، أو كان بإمكانه أن يعلم ، أن هناك اختلافا بين الإرادة الحقيقية للمتعاقد ، وبين ما عبر عنه فى العقد . ومن ثم ففى كل مرة يعلن فيها المتعاقد من خلال عبارات العقد الهدف الذى يسعى إليه من وراء التعاقد ، أو الفهم الذى أعطاه لالتزام معين ، فقد أدخل هذه المسألة فى دائرة التعاقد ، بحيث يجوز له إبطال العقد للغلط إذا تبين له أنه كان يتوهم غير الواقع ، وأنه لو كان يعلم الحقيقة ما تعاقد ، وأن الطرف الآخر كان يعلم بالاختلاف بين الإرادة الحقيقية ـ التى يعلمها أو كان بإمكانه أن يعلمها ـ وبين ما تم التعاقد عليه [١٣٣] .

ثانيا ـ إعلان الرغبة فى عدم الالتزام مع توافر إرادة التعاقد :

٤٤ يحدث من الناحية العملية أن يعلن أحد الطرفين أنه يتعهد « بعيدا عن القانون » أو « خارج دائرة القانون » أو أنه يعطى مجرد « كلمة شرف » بأمر معين دون التزام قانونى من ناحيته بأمر ما .

فإذا كان هذا التعهد يستند حقا إلى إرادة قاطعة بعدم الالتزام ، مثل التعهدات العائلية أو التى تقوم على التسامح والمجاملة ، فإن قبول الطرف الآخر للتعهد لا يؤدى إلى قيام عقد بين الطرفين . ومن ثم فإن المفاوضات التى تهدف إلى مجرد المجاملة وبقصد دعم الثقة فى موقف أحد الطرفين ، لا تؤدى إلى قيام العقد . وأساس ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يقضى بأن الآثار المترتبة على الإعلان عن الإرادة رهن بما انصرفت إليه هذه الإرادة وفى حدود عدم المساس بالنظام العام [١٣٤] .

على أن الأمر يختلف إذا كان الإعلان عن عدم الرغبة فى الالتزام يستند فى حقيقة الأمر إلى إرادة التعاقد .

فإذا كان الإعلان عن الرغبة فى عدم الالتزام يهدف إلى التهرب من الأحكام المتعلقة بالنظام العام ، فإن العقد يعتبر قد تم ـ بمجرد قبول الطرف الآخر ـ وتطبق هذه الأحكام [١٣٥] . ومن ذلك محاولة تلافى الأحكام الآمرة لقوانين العمل أو الإيجار أو محاولة خلق احتكار ضار بالمنافسة الحرة [١٣٦] .

فإذا لم تتوافر نية التحايل على القانون ، فإن إعلان أحد الطرفين أو كليهما أنه يتعهد تعهدا أدبيا أو غير قانونى ، لا يقيد القاضى فى اعتبار أن العقد قد تم إذا ما توافرت إرادة التعاقد .

ولذلك قضى بأن تعهد المدين أدبيا أو بكلمة شرف برد ما اقترضه من نقود عندما تتحسن أحواله المالية ، هو التزام حقيقى برد مبلغ القرض ، وأن تعهد التاجر المفلس بالوفاء بالديون المحققة عندما تتحسن أحواله ، هو التزام يرتب أثرا قانونيا ، برغم أنه وعد بذلك بكلمة شرف مع التحفظ بعدم الالتزام قانونا [١٣٧] .

كذلك الشأن فيما يتعلق بخطاب النوايا الذى جرت البنوك على الحصول عليه كضمان أدبى أو كفالة أدبية من جانب الشركة الأم أو الشركة القابضة أو الشركة

الشقيقة ، فتصدر الشركة خطاب نوايا إلى البنك بمناسبة القرض الذى يمنحه إلى الشركة المقترضة ، بأن الشركة الأم « تعلن أنها ستعمل كل ما فى وسعها حتى تدبر الشركة المقترضة ما يكفى من السيولة النقدية لمواجهة التزاماتها الناتجة عن القرض » ، أو أنها « ستبذل قصارى جهدها حتى تقوم الشركة المقترضة بالوفاء بالدين فى موعده » ، فيؤدى ذلك إلى اعتبار خطاب النوايا نوعا من الإيجاب الذى يستند إلى نية التعاقد ، ويقوم عقد الكفالة بمجرد قبول البنك لهذا التعهد (١٣٨) .

ويبدو من تحليل أحكام القضاء أن خطاب النوايا برغم تذييله بعبارة « دون التزام من جانبنا » ، إنما يكيف بأنه إيجاب حقيقى ، أخذا بمعيار واحد ، وهو أن تكون عباراته من التحديد والقطع بحيث تبعث فى نفس الطرف الآخر ثقة مشروعة برغبة محرر الخطاب فى الالتزام (١٣٩) .

ومن ثم فإن ما يبعد عن خطاب النوايا صفة الإيجاب ، ليس هو وحسب اختتامه بعبارة « دون التزام من جانبنا » ، ولكن العناية بأن تكون عبارات الخطاب مما يدل بوضوح ودون لبس أو إبهام على اتجاه الإرادة إلى عدم التعاقد أو عدم الالتزام (١٤٠) .

المطلب الثانى

تحفظات الإيجاب

الإيجاب غير القاطع :

٤٥

من مقتضيات الإيجاب أن الموجب يوجب على نفسه الالتزام بالعقد الذى سيقوم بمجرد قبول الطرف الآخر [١٤١] ، ومن ثم فهو يخول الطرف الآخر سلطة إتمام تكوين العقد بمطلق القبول [١٤٢] .

فإذا كان الإيجاب مقترنا بقيود تمنع قيام العقد بمجرد القبول من الطرف الآخر ، وتؤدى إلى احتفاظ الموجب بزمام الأمر ، فالأصل أن يفقد الإيجاب شروطه القطعية ، ومن ثم صفته كإيجاب .

على أن مثل هذه السيطرة التى يمارسها الموجب على قيام العقد ، والتى يعبر عنها بتحفظات الإيجاب ، لا تؤدى حتما إلى تجريد الإيجاب من قيمته وفى جميع الأحوال ، ولكن يتوقف الأمر على نوع التحفظ والغرض منه [١٤٣] .

وبرغم اختلاف الأثر المترتب على تحفظات الإيجاب ، فإن هذه التحفظات تشمل كل قيد يفرضه الموجب على إتمام العقد بمطلق قبول الطرف الآخر ، أو بمعنى آخر هو كل قيد يفرضه الموجب ، أو تفرضه الظروف ، يؤدى إلى أن مجرد قبول الإيجاب من جانب الطرف الآخر ، لا يكفى بذاته لقيام العقد [١٤٤] .

والأصل أن يكون الإيجاب مجردا من أى تحفظ ، لأن من الخصائص الجوهرية للإيجاب أن يكون قطعيا ، بحيث لا يكون هناك من مجال لأى تعقيب من جانب الموجب بعد صدور القبول من الطرف الآخر . ومن ثم فإذا لم يفهم من الإيجاب أن الموجب قد تعهد بصفة قطعية بحيث يكفى لقيام العقد مجرد موافقة الطرف الآخر ، لا يعد هذا إيجابا ، ولكن مجرد دعوة إلى الدخول فى المفاوضات أو مجرد دعوة إلى الطرف الآخر ليقدم إيجابا يقبله هذا الطرف الأول [١٤٥] .

ولما كان هذا هو الأصل ، فإن تحفظات الإيجاب يجب ألا تؤدى أثرها هكذا بسهولة بتجريد الإيجاب من قيمته ، وخصوصا إذا كانت لا تفرض قيودا حقيقية على قيام العقد بمجرد القبول (١٤٦) .

والمعيار الذى يمكن الاستناد إليه لمعرفة ما إذا كان التحفظ يجرد الإيجاب من صفته هذه ، هو البحث فى أثر التحفظ إذا ما تم الأخذ به .

فإذا كان الأخذ بالتحفظ يجعل زمام العقد معلقا على مطلق إرادة الموجب ، انقلب الإيجاب إلى مجرد دعوة إلى تقديم إيجاب يتم قبوله ممن قدم إيجابا مقترنا بتحفظ .

وإذا كان مصير التعاقد متعلقا بأمور أخرى غير مطلق إرادة الموجب ، لم يغير هذا من صفته كإيجاب ، وتصبح هذه التحفظات مجرد تحديد للإيجاب (١٤٧) .

ومن أمثلة التحفظ الذى لا يغير من صفة الإيجاب ، التحفظ الصريح من جانب الموجب بالحق فى تعديل الثمن أو أسعار التوريد فى أى وقت ، أو خلال أجل معين يسبق التسليم . فهنا ينعقد العقد بمجرد قبول الطرف الآخر ، ولكنه يقبل إيجابا مقيدا بالحق فى تعديل الأسعار (١٤٨) .

ومثل هذا التحفظ لا يؤتى أثره إلا إذا كان صريحا ، ومتضمنا فى الإيجاب ذاته سابقا على قبوله . فلا يتصور إلزام الطرف الآخر بأى تحفظات لا يعلمها ، ولا يتحقق هذا العلم إلا بإعلان الموجب عن التحفظ ، أو بأن يكون هذا التحفظ معلوما له من واقع طبيعة العقد ، الأمر الذى لا يتوافر بالنسبة للحق فى تعديل الأسعار (١٤٩) .

ومن ذلك أيضا التحفظ من جانب الموجب الذى يخاطب الجمهور بأن الإيجاب يتحدد بالكمية أو بالرصيد المتوافر لديه ، فإذا نفد هذا الرصيد ، فلا أثر لأى قبول يقع بعد ذلك . ومثل هذا الإيجاب يرتب أثره ، سواء كان صريحا أو ضمنيا . وهو يكون صريحا عندما يتضمن الإيجاب الموجه إلى الكافة عبارة أن « الكمية محدودة » ، أو أن « العرض يسرى فى حدود الرصيد » أو « حتى نفاد الكمية » . ويكون هذا التحفظ ضمنيا تفرضه طبيعة التعاقد ، ولو لم يتم الإعلان عنه فى كل إعلان عام موجه إلى الجمهور يكون محله توريد سلعة أو خدمة ما ، فلا يتصور أن تتجه إرادة الموجب إلى إلزام نفسه بالاستجابة لطلبات الأفراد إلى ما لا نهاية ، ولكن فى حدود ما يوجد لديه من رصيد ، وهو أمر يفترض أن يعلمه الجمهور دون حاجة إلى تصريح بذلك (١٥٠) .

ومن أمثلة التحفظات التى تجرد الإيجاب من صفته هذه فتحوله إلى مجرد دعوة لتقديم إيجاب أو للدخول فى مفاوضات ، الإيجاب الموجه إلى الكافة لاختيار أحدهم أو بعضهم للتعاقد بعقد من تلك التى تقوم على الاعتبار الشخصى ، مثل عقد العمل ، أو عقد الشركة ، أو عقد الوكالة ، أو عقد القرض . فالإيجاب الموجه إلى الكافة يتضمن هنا ، بطبيعة الأمور ، تحفظا بالموافقة على شخص الطرف الآخر (١٥١) .

ومثل هذا التحفظ ـ صريحا كان أو ضمنيا ـ لا محل له إلا فى الإيجاب الموجه إلى الكافة ، دون الإيجاب الموجه إلى شخص معين ، إذ تعيين شخص من يوجه إليه الإيجاب يمنع من الادعاء بعدم تقبل شخصية الطرف الآخر . وهو من ناحية أخرى يعفى الموجب من تقديم أى مبرر لرفض التعاقد مع الشخص الذى يبادر إلى الرد بقبول التعاقد ، باعتبار أن القبول هنا ينقلب إلى إيجاب يحق للطرف الأول أن يقبله أو أن يرفضه دون إبداء الأسباب (١٥٢) .

ومع ذلك فإنه إذا أعلن الموجب أسبابا أو مبررات لرفض التعاقد ، أو استطاع الطرف الآخر إثبات هذه المبررات ، فإن القضاء يفرض رقابته على شرعيتها ، وقد يحكم بالتعويض وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية . ومن ذلك أن ترد شركة على من استجاب لإعلان للتوظف بعدم قبول طلبه لأسباب دينية أو طائفية أو عرقية (١٥٣) .

على أنه إلى جانب هذه التحفظات ذات الأثر القانونى ـ سواء التى تحد من الإيجاب أو تغير صفته إلى مجرد دعوة إلى تقديم إيجاب من الطرف الآخر ـ ثمة تحفظات لا ترتب أى أثر قانونى ، ويتم العقد بمجرد قبول الطرف الآخر للإيجاب ، ولا يلتفت إلى مضمون هذه التحفظات .

ومن ذلك التحفظ غير المعلن فى إيجاب موجه إلى شخص معين ، ولو تعلق الأمر بعقد يقوم على الاعتبار الشخصى . فما دام الشخص قد تفاوض مع آخر ، أو وجه إليه إيجابا خاصا ، لا يحق له من بعد الاحتجاج بعدم قيام العقد ـ بعد أن قبله الطرف الآخر ـ على أساس أنه لم يرتض شخص هذا الأخير (١٥٤) .

وبديهى أن التحفظ الصريح ـ سواء فى الإيجاب الموجه إلى الكافة ، أو الموجه إلى شخص معين ـ إذا تضمن تحفظا بالحق فى رفض التعاقد دون إبداء الأسباب ، يؤدى إلى افتقاد الإيجاب لصفة القطعية ، ومن ثم يصبح إبرام العقد معلقا على مطلق إرادة

الموجب الذى قد يرفض التعاقد دون مبرر . وهذا بعكس التحفظ بالتعاقد فى حدود الكمية المتوافرة ، فالأول تحفظ مطلق يزيل الإيجاب ، بينما الثانى تحفظ نسبى ينصرف إلى بعض من يقبل دون البعض الآخر (١٥٥) .

الهوامش

(1) Flour et Aubert : Les obligations, l'acte juridique, no 153.
(2) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, 3éd, 1980, no 47.
(3) Starck (B.) : Droit civil, Obligations, no 269 et s.
(4) Flour et Aubert : L' acte juridique, no 182 - Weill et Terré : op cit., no 94 et s.
(5) Weill et Terré : op. cit., no 47,101,561.
(6) Starck : Droit civil, Obligations, no 166 - Weill et Terré, op cit., no 369 et s - Flour et Aubert : L'acte juridique, no 390.
(7) Flour et Aubert : Les obligations, l' acte juridique, no 153.
(8) Starck : Droit civil, Obligations, no 281.
(9) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 224.
(10) Flour et Aubert : Les Obligations, l' acte juridique, no 153.
(11) Ghestin et Goubeaux : Droit civil, Introduction, no 622.
(12) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 139.
(13) Flour et Aubert : op. cit., p. 97.
(14) Carbonnier : Droit civil, t. 4, no 17 p. 62.
(15) Planiol et Ripert : Droit civil, t. vi par Esmein, no 128.
(16) Flour et Aubert, op. cit., no 154.
(17) Mazeaud : leçons de droit civil, t.2 no 132.
(18) Starck : Droit civil, Obligations, no 170 et s.
(19) Carbonnier : Droit civil, t4, les obligations 1972, no 17, p. 62-Flour et Aubert: L'acte juridique, no 139.
(20) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 365.
(21) Flour et Aubert : op. cit., no 139.
(22) Carbonnier : Droit civil, t.4, no 17.
(23) Starck : Droit civil, Obligations, no 1702.
(24) Schmidt (J.) : Négociation et conclusion de contrats, 1982, no 372 et s.
(25) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 113.
(26) Starck : Droit civil, Obligations, no 281.
(27) Starck : Droit civil, Obligations, no 269 et s.
(28) Cass. Civ. 21 fevr. 1979 , J.C.P. 1980 -II- 19482, note Fieschi - Vivet.
(29) Schmidt (J.) : Négociation et conclusion de contrats., no 470.
(30) Schmidt : op.cit., no 372 et s.
(31) Starck : Droit civil, Obligations, no 281 et s.
(32) Chevalier (J.) : Obs. Revue trimestrielle de droit civil, 1968, p. 707.
(33) Weill et Terré : Droit civil, Introduction, no 395.

(34) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 206, 207 - Carbonnier : Droit civil, t.4, no 17 - Flour et Aubert : Droit civil, les obligations, l'acte juridique, no 142- J.L. Aubert : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thése, Paris, L.G.D.J. 1970, no 41. - Schmidt (J.) : La sanction de la faute précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1974, no 22, p.60.

(35) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 140.

(36) Schmidt. (J.) : Négociation et conclusion de contrats, no 61.

(37) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 140.

(38) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 255 et s. - Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 61.

(39) Flour et Aubert : op. cit., no 140.

(40) Starck : Les obligations, no 270 et s. - J. L. Aubert : Notions - et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, 1970, no 52 et s.

(41) Flour et Aubert : op. cit., no 140 p. 98.

(42) Mazeaud (H.L.et J.) : Leçons de droit civil, t. 2, 6éd, 1978 par François Chabas, no 161, p. 141 .

(43) Paris 8 juillet 1966, Gaz. Pal 1967 - 1- 33 .

(44) Marty et Rayneaud : Droit civil, t. 2, no 126 - Starck : Les obligations, 2éd. par Roland et Boyer, no 406 et s.

(45) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 192, p. 133.

(46) Planiol et Ripert : Droit civil, t.6 par Esmein, no 176, p.207.

(47) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 373, p. 296.

(48) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 140.

(49) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 62.

(50) Aubert (J.L.) . Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, no 53 p. 57.

(51) Y. Boyer : L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, th. Aix, 1977, no 30, p.50 .

(52) Aubert (J.L.) : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, no 288.

(53) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 255 et s. - Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 61 et s.

(54) Mazeaud (H. L. et J.) et Jean : Leçons de droit civil. t. 2, 6éd. par Chabas (F.), V.I, les obligations, 1978, no 132.

(55) Perot Morel : L'equilibre des prestations dans le conclusion du contrat, 1961, p. 233 et s. - Rieg : Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, 1961, p.250 et s. - Terré : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, 1957, p. 230 et s.

(56) Mazeaud : Leçons de droit civil, t.2, 6éd, no 263 .

(57) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 225, p.172 .

(58) Aubert (J.L.) : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation

du contrat, 1970, no 53 - Boyer (Y.) : L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, thése, Aix, 1977, no 30, p. 50.

(59) G.Cornu : obs. Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 364 et s.

(60) Cass. civ, 27 oct. 1976, Bull. civ. I, no 312, p. 250.

(61) Cass. civ. 26 fev. 1976, Bull. civ. III, no 83, p. 62.

(62) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 140, p. 98.

(63) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 63.

(64) Schmidt : op. cit., p. 33

(65) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 225, p. 172.

(66) Schmidt : op. cit., no 66, p. 34.

(٦٧) وهى القاعدة التى عبرت عنها المادة ٩٥ من التقنين المدنى المصرى بقولها « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة» .

(68) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 160.

(69) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 225 - Schmidt : op. cit., no 66.

(70) Aubert (J.L) : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, 1970, no 288 et s.

(٧١) وهو ما سنناقشه بصدد بيان العناصر الشخصية فى العقد .

(72) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 140, note 2, p. 98.

(٧٣) الدكتور محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ، طبعة ثالثة ، ١٩٧٨ ، فقرة ٤٨ ، ص٩١ – الدكتور عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، جـ١ ، فقرة ١١١.

- Planiol et Ripert : Droit civil, t. 6 par Esmein, no 99.

(٧٤) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ٢ ص ٤٦ ، وقد جاء بها «أن العقد لا يقوم إلا إذا اتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن العقد» .

(75) V. Mazeaud : Leçons de droit civil, t. 2, no 138 et lectures II, p. 135.

(76) Mazeaud : op. cit., no 138 - Cf. Flour et Aubert : L'acte juridique, no 154, p. 108.

(77) Flour et Aubert: L'acte juridique, no 140 .

(78) Weill et Terré : Les obligations, no 144 et s.

(79) Ghestin: Droit civil, le contrat, no 90.

(80) Ghestin : op. cit., no 39 et s.

(81) Schmidt : N égociation et conclusion de contrats , no 67 et s., p. 34 et s .

(82) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 226 .

(83) Boyer (Y) : L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, no 35.

(84) Schmidt : op. cit., no 71, p. 35 .



(85) G. Cornu : note, Rev. trim. dr. civ. 1963, p. 364 .

(86) Civ. 2 mai 1978 . J. C. P. 1980. 11. 19465 note fieshi - vivet, civ. 21 fevr. 1979, J. C. P. 1980. 11. 19482 note Fieshi-vivet .

(87) Terré (F.) L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thése. Paris, 1957, L.G.D.J. 1969, no 245 et s.

(88) Schmidt : op. cit., no 71, p. 36.

(89) Boyer (Y.) : L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, no 35.

(90) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 226, note 109, p. 173.

(91) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 178.

(92) Léauté : Les contrats types , Rev. trim. dr. civ. 1953, p. 429 .

(93) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 179.

(94) Léauté : Les contrats types, Rev. trim. dr. civ. 1953, p. 429.

(95) Rieg (A.) : Contrat type et contrat d' adhésion, traveaux de l' institue de droit comparé, de Paris, t.xxxiii, 1970, Etudes de droit contemporain, préface Francois Terré.

(96) Ghestin :Droit civil, le contrat, no 62.

(97) Weill et Terré : Droit civil. Obligations, no 101 et s. - Carbonnier : Droit civil. t4 no 17 - Tunc (A.) : Ebauche du droit des contrats professionnels, Mélanges offertes à George Ripert 1950, t. 2, p.151.

(98) Gounot (E.) : Le Principe de la autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme, thése, Dejon 1912, p. 228 - Seube (A.) Les conditions générales des contrats, Mélanges Jauffert, p. 632.

(99) Léauté (J.) : Les contrats types, Rev. trim. dr. civ. 1953, p. 429 - Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 101 - J. Carbonnier : Droit civil, t.4, no 17.

(100) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 64 - Flour et Aubert : L' acte juridique, no 81.

(101) Flour et Aubert : L' acte juridique, no 180.

(102) Weill et Terré : Droit civil, les obligations , no 47 et 101.

(103) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 181.

(104) Flour et Aubert : op. cit., no 181.

(105) Flour et Aubert : op. cit., p. 124, note 4.

(106) Rieg : Le rôle de la volonté dans l' acte juridique en droit civil français et Allemand, no 419, p. 420 .

(107) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 77 .

(108) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 76 et 77.

(109) Mazeaud : Leçons, t. 2, no 122 - Flour et Aubert : L'acte juridique, no 119 - Starck : op. cit., no 146 - Weill et Terré : op. cit., no 131 - Ghestin : Le contrat, no 280 .

(١١٠) الدكتور عبدالرزاق السنهوري : الوسيط فى شرح القانون المدني ، جـ١ مصادر الالتزام ، فقره ٢٩١ - دكتور إسماعيل غانم ـ مصادر الالتزام ، فقره ١٥٢.

(111) Mazeaud : Leçons, t. 2, no 122.

(112) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 281.

(113) Ghestin : op. cit., no 280.

(114) Weill et Terré : Les obligations, no 131.

(115) Mazeaud : Leçons, t. 2, no 157 et s - Weill et Terré : Les obligations, no 154 et s - Flour et Aubert : L'acte juridique, no 188 et s. - Ghestin : Droit civil, le contrat, no 355 et s. - Starck : Obligations, no 382 et s.

(116) Weill et Terré : Les obligations, no 83.

(117) Weill et Terré : Les obligations, no 82.

(118) Flour et Aubert : L' acte juridique, no 421 - Léauté : Le mandat apparent. Rev. trim. dr. cit. 1947, p. 288.

(119) Mazeaud : leçons de droit civil, t. 2, no 151.

(120) Weill et Terré : Les obligations, no 84.

(121) Weill et Terré : op. cit., p. 86,87.

(122) Starck : Droit civil, Obligations, no 1207 et s.

(123) Calais - Auloy : Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, 1959 - Léauté : Le mandat apperent, Rev. trim. dr. civ. 1947, p. 288 - Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 109.

(124) Mazeaud : Leçons de droit civil, t. 2, no 122.

(125) Mazeaud : Leçons de droit civil, t. 2, no 122, 807

(126) Mazeaud : op. cit., no 122.

(127) P. Diener : Le silence et le droit, thése, Bourdeaux, 1975, no 104, p.199 - M. J. Littman : Le silence et la formation du contrat , thése, Strasbourg, 1969, p. 72 - J.G. Serna : Le refuse de contracter, thése, Paris, 1967, L. G. D. J. p.157.

(128) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 203, 281.

(129) Mazeaud : Leçons de droit civil, t.2, no 807 et s. - Starck : Obligations, no 907 et s. - Flour et Aubert : L'acte juridique, no 377 et s. - Weill et Terré : Les obligations, no 509 et s. - Ghestin : le contrat, no 281.

(130) Mazeaud : Leçons , no 122 - Weill et Terré, les obligations no 131.

(131) Ghestin et Goubeaux : Droit civil, Introduction générale no 643.

(132) Mazeaud : Leçons de droit civil t.2, no 343 et 344 - Weill et Terré : Les obligations, no 360 et s. - Flour et Aubert : L'acte juridique, no 390 et s. - Starck : Obligations, no 150 et s. - Ghestin : Droit civil, le contrat, no 281.

(133) Mazeaud : Leçons de droit civil, t. 2, no 157et s. - Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 154 et s. - Flour et Aubert : L'acte juridique, no 188 et s.

(134) Viandier : La complaisance, J.C.P. 1980. 1. 2987.

(135) Oppetit : L'engagement d' honneur, D. 1979, chron., p. 107.

(136) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 340.

(137) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 37.

(138) Vasseur : Droit et économie bancaires, 2éd, t. 3, no 1029.

(139) Vasseur : Droit et économie bancaire, 2éd, t. 3, no 1033 et s.

(140) Schmidt : op. cit., no 39.

(141) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 141.

(142) Schmidt : op. cit., no 43.

(143) V. B. Célice : Les réserves et le non - vouloir, dans les actes juridiques, thése, Paris, 1960.

(144) J. L. Aubert : Notions et rôles de L'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, no 25et s.

(145) Ripert et Boulanger : Droit civil, no 324 - Marty et Raynaud : Droit civil, no 100.

(146) Planiol et Ripert. Droit civil t. 6 par Esmein, no 128.

(147) J. L. Aubert : Notions et rôles de L'offre et de l'acceptation dans la formation du cotrat, no 41 et s.

(148) Flour et Aubert : L' acte juridique, no 141.

(149) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 281.

(150) Ghestin, op cit., no 203.

(151) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 142 - Schmidt : op. cit., no 47.

(152) Planiol et Ripert : Droit civil, t. 6 par Esmein, no 127.

(153) Schmidt : op. cit., no 52.

(154) Flour et Aubert : op. cit., no 141.

(155) J. L. Aubert : op. cit., no 41 et s.

الفصل الثانى

التزامات ما قبل التعاقد

تقسيم :

٤٦ وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ، لا ينشأ التزام فى ذمة الشخص إلا بإرادته أو بنص فى القانون . وتطبيقا لذلك إذا ما ألزم الشخص نفسه بعقد مع غيره ، فهو لا يلتزم إلا بما تضمنه هذا العقد من التزامات ، أى بما يسمى بالالتزامات الناشئة عن العقد ، والتى يكون العقد مصدرا لها . ومن ثم يقال إنه ما دام العقد مصدرا للالتزام العقدى فإن التزام المتعاقد يكون تاليا لقيام العقد وليس سابقا عليه . فقبل قيام العقد لا يكون هناك التزام عقدى ، فلم تتجه الإرادة بعد إلى إلزام نفسها بشىء .

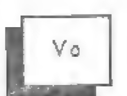
ولكن العصر الحديث يعرف التزامات تنشأ قبل التعاقد ، بمناسبة العقد المستقبل الذى يزمع الطرفان الدخول فيه ، فيجب على كل متعاقد - خلال مرحلة المفاوضات - أن يحيط المتعاقد الآخر علما ببعض المعلومات التى لا يستطيع الوصول إليها من طريق آخر ، والتى تؤثر فى قراره بقبول التعاقد ، وهذا ما يسمى بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد .

ومن ناحية أخرى يؤدى الدخول فى المفاوضات ، فى الفترة السابقة على قيام العقد ، إلى قيام حالة من الثقة المتبادلة ما بين الطرفين ، فكل منهما يثق بأن المفاوض الآخر لن يفشى ما علمه من أسرار بمناسبة التفاوض ، وأنه صادق النية فى إنجاز العقد . ومن ثم ينشأ على عاتق المتعاقد ، خلال مرحلة المفاوضات ، التزام باحترام ثقة المتعاقد الآخر ، من حيث ضمان السرية والاستمرار فى التفاوض .

فإذا ما أخل أحد الطرفين بأحد هذه الالتزامات التى تتعلق بمرحلة ما قبل التعاقد ، فالجزاء هو الالتزام بالتعويض . وهو ما قد يستند إلى المسئولية العقدية فى بعض الفروض ، وإلى المسئولية التقصيرية فى فروض أخرى . وسوف يتم تناول ذلك من خلال مبحثين :

المبحث الأول : الالتزام بالإعلام قبل التعاقد .

المبحث الثانى : الالتزام بأصول التفاوض .



المبحث الأول

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

أساس الالتزام بالإعلام :

٤٧ الأصل أن المتعاقد لا يلتزم تجاه المتعاقد الآخر إلا بما ارتضاه على نفسه من التزام ، ولا يجوز التوسع فى تفسير هذا الالتزام ، باعتباره نوعا من القيد على حرية الملتزم . ومن ثم قد يكون من غير المقبول لأول وهلة القول بوجود التزام يقع على عاتق المتفاوض بإحاطة المتفاوض الآخر علما بكل ظروف العقد ، فهذا نوع من إلزام الشخص بالدفاع عن مصالح غيره على حساب نفسه . فى حين أنه يجب على كل شخص أن يتحرى بنفسه عن ظروف العقد، أما الإعلام والنصيحة والمشورة من الطرف الآخر ، فكلها واجبات أخلاقية لا ترقى إلى مرتبة الالتزام القانونى .

ولكن الفقه والقضاء فى العصر الحديث ، يريان خلاف ذلك . فهناك التزام حقيقى يقع على عاتق المتفاوض بأن يحيط الطرف الآخر علما بكل ما يعرفه من ظروف العقد ، وإلا كان مسئولا .

وقد تنوعت الآراء حول أساس هذا الالتزام ، وهل هو قواعد الأخلاق أو اعتبار حماية الإرادة ، أو مبدأ النظرة الاجتماعية إلى العقد .

فذهب الرأى أولاً إلى أنه يجب على كل متعاقد أن يسعى للدفاع عن مصالح نفسه ، وهذا ما يؤدى إلى الصراع بين إرادتين تسعى كل منهما للحصول على أكبر قدر ممكن من المزايا ، مع التضحية بأقل القليل . وهذا الصراع أمر مفيد إذ هو يعطى الدافع إلى النشاط والحركة فى المجتمع . ولكن من ناحية أخرى يجب أن يكون هذا الصراع فى حدود قواعد الأخلاق ، بألا يكتم المتعاقد عن الآخر ما يعلمه من أمور تهمه . ومن ثم يفسر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه واحد من مظاهر حماية قواعد الأخلاق فى نطاق العقود ، قبل أن يكون حماية للإرادة ذاتها من التدليس أو الوهم [1] .

ويضيف الفقه في هذا الاتجاه أنه إذا كان الحق في السكوت أو الكتمان أمرا يعترف به القانون المعاصر ، باعتبار أن الإنسان سيد نفسه ، فلا محل للادعاء بهذا الحق عندما يدخل الشخص في علاقة عقدية مع غيره . على أن إلزام الشخص بالإفصاح عن المعلومات التي تهم الطرف الآخر ، إذا كان يقتصر وفقا لنظرية عيوب الرضاء على ما يحول دون إيقاع الطرف الآخر في الغلط ، فإنه وفقا للقاعدة الأخلاقية يتسع لكل ما يؤثر في قرار المتعاقد الآخر بقبول العقد أو قبول شروطه [٢] . ومن هنا يقوم الالتزام بالإعلام على كل متعاقد تجاه من يزمع التعاقد معه حتى لا يؤدي الحق في السكوت إلى الإفادة من جهل الطرف الآخر [٣] .

ويرى اتجاه ثان أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد أساسه في قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق هدفها . فهذه النظرية لا تتدخل إلا إذا كان المتعاقد يشكو من غلط أو إكراه تسبب فيه الطرف الآخر أو علم به أو كان بإمكانه أن يعلمه ، بينما مجرد السكوت أو الكتمان الذي لا يؤثر إلا في اقتصاديات العقد دون قرار التعاقد ذاته ، لا يسمح للمتعاقد بطلب إبطال العقد أو التعويض عن هذا الكتمان [٤] .

وحقيقة الأمر أنه في العصر الحديث توجد إلى جانب الإرادة المعيبة ، أي ضحية الغلط أو التدليس أو الإكراه ، إرادة غير متكافئة بسبب الجهل أو عدم العلم أو النقص في المعلومات [٥] . ومن ثم يصبح العقد في هذه الحالة عقدا غير متوازن بسبب القوة التي يتمتع بها أحد الطرفين تجاه الآخر ، وهي التسلح بالعلم في مواجهة شخص تنقصه المعرفة بظروف العقد . ولا يلزم أن يؤدي ذلك إلى عدم التوازن الاقتصادي ، بل يكفي عدم التكافؤ بصدد المعلومات المتصلة بالعقد [٦] ، كما لا يلزم أن يؤدي عدم التكافؤ في المعلومات إلى توافر شروط عيوب الإرادة [٧] .

ومن ثم فإن كل متفاوض يلتزم بأن يحيط المتفاوض الآخر علما بكل ما يعلمه من ظروف العقد التي تهم الطرف الآخر ، حتى يقوم العقد على أساس من التكافؤ في المعلومات ، وذلك كوسيلة لحماية طائفة من المتعاقدين الأضعف شأنا بسبب نقص المعرفة [٨] ، وكنتيجة النظرة الاجتماعية للعقد باعتباره أداة القانون لتبادل السلع والخدمات ، والوسيلة الوحيدة التي تسمح لكل فرد بأن يأخذ نصيبه يوما ما في ثروات المجتمع [٩] .

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام العقدى بالنصيحة أو بتقديم المعلومات :

٤٨

يتميز الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، بأنه يقوم وينقضى فى الفترة السابقة على انعقاد العقد . ففى هذه الفترة يتخذ كل متعاقد قراره بقبول التعاقد وقبول ما تضمنه العقد من شروط ، بناء على ما توافر لديه من معلومات ، وما يتوقعه من حقوق والتزامات من وراء العقد ، ففى فترة مفاوضات العقد قد تقوم حالة عدم التكافؤ بين المتعاقد الذى يعلم ، والمتعاقد الذى لا يعلم ، فيقوم الالتزام بالإعلام لتلافى هذه الظاهرة ، وبالتالى تتحقق العدالة العقدية ، ولو لم تتعادل الالتزامات المترتبة على العقد مع الحقوق الناشئة عنه [١٠] .

وبذلك يفترق الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن التزامات أخرى بالإعلام أو بالنصيحة أو بالمشورة تقوم فى الفترة اللاحقة لقيام العقد ، نفاذا للعقد ذاته ، فهى التزامات ناشئة عن العقد ، أى التزامات عقدية بحتة .

١ ـ الالتزام العقدى بالمشورة : ويتمثل فى التزام المتعاقد بأن يقدم إلى الطرف الآخر ، بموجب عقد يقضى بذلك ، رأيا أو مشورة توجه قرار هذا الأخير فى صدد أمر معين [١١] .

وهنا لا يلتزم المتعاقد بذكر الوقائع وحسب ، بل هو يقدم رأيه فى هذه الوقائع ، فيعطى للطرف الآخر نصيحة بأن يتخذ موقفا معينا فى موضوع معين [١٢] .

وقد تكون المشورة هى المحل الرئيسى للعقد ، مثل عقد الاستشارة القانونية أو الهندسية أو الحسابية أو الضريبية أو غيرها . كما قد يكون المحل الرئيسى للعقد القيام بعمل معين ، ولكن طبيعة هذا العمل تفرض التزاما تبعيا على عاتق المتعاقد بأن يقدم النصيحة إلى الطرف الآخر ، فتقوم المسئولية العقدية للمتعاقد إن هو سكت عن تقديم هذه النصيحة أو أخطأ فى تقدير الموقف [١٣] . مثال ذلك أن يسأل المهندس الاستشارى عقديا عن عدم تحذير العميل من بعض المخاطر ـ برغم عدم النص على ذلك فى العقد ـ ما دامت متصلة بموضوع العقد [١٤] .

٢ ـ الالتزام بالإعلام بعد التعاقد : وفى هذه الحالة يلتزم المتعاقد بأن يقدم للآخر معلومات معينة ، إما باعتبار ذلك موضوعا أو محلا للعقد ذاته ، مثل عقود التحريات الخاصة ، أو العقود مع وكالات الاستعلامات أو مكاتب الإحصاء ، وإما باعتبار ذلك تابعا للالتزام الأصلى فى العقد . ففى هذه الحالة الأخيرة يقصد من الالتزام بتقديم المعلومات حسن تنفيذ الالتزام الأصلى . مثال ذلك : التزام البائع ببيان الطريقة الصحيحة لإدارة أو استخدام الجهاز المبيع ، أو بيان مخاطر استخدام الشىء ، أو مخاطر الحيوان ، أو صفة خاصة فى الشىء ، أو تقديم معلومات فورية أولا بأول عن تنفيذ الوكالة أو المقاولة [١٥] .

حدود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد :

٤٩ إذا كان أحد طرفى المفاوضات يعلم بواقعة مهمة تتصل بموضوع العقد ، يجب عليه إحاطة الطرف الآخر علما بها قبل التعاقد ، وبذلك يتحقق التكافؤ فى العلم .

ولكن هل يعنى ذلك أن الطرف الدائن بهذا الالتزام ، يكفيه أن يتخذ موقفا سلبيا محضا فى انتظار ما يوافيه به الطرف الآخر من معلومات تتصل بالعقد ، ثم يشكو من بعد سكوت الطرف الآخر أو كتمانه لهذه المعلومات ؟

إن مثل هذا القول يؤدى إلى خلق نوع جديد من عدم التكافؤ بين الطرفين . فالطرف الذى يعلم ، قد لا يعلم بمدى أهمية المعلومات للطرف الآخر ، أو بأنه يجهلها . فالمصالح والاهتمامات من وراء التعاقد تتنوع من شخص إلى آخر . ولذلك يجب على هذا الطرف الآخر أن يستعلم عما يهمه من معلومات ، وهذا هو الحد الأول للالتزام بالإعلام [١٦] .

وبمعنى آخر فإذا كنا نلزم شخصا ما بأن يقدم ما يعرفه من معلومات تتصل بالعقد إلى الطرف الآخر ، فنحن لا نطلب منه أن يقدم قائمة بكل المعلومات لينتقى منها الآخر ما يهمه ، بل هو يلتزم فقط بأن يقدم إليه المعلومات المهمة وحسب ، وعلى الآخر أن يبين هذه الأهمية عن طريق الاستعلام ، أما ما لم يستعلم عنه ، فلا يلتزم الأول بالإعلام عنه . وهذا ما يعبر عنه بالقول « إنه ليس من خطأ فى عدم إخطار شخص بشىء لا يهمه ، بدليل أنه لم يهتم بالاستفسار عنه » أو بأن « من أراد أن يعلم فعليه أن يستعلم » [١٧] .

ويؤخذ من أحكام القضاء الفرنسى فى هذا الصدد ، أنه كلما كانت المعلومات غير مألوفة فى أهميتها ، لا يقوم التزام بالإفصاح عنها ما لم يستعلم عنها الطرف الآخر ، مثل استخدام الجهاز أو السيارة فى ظروف خاصة ، وأنه كلما كانت خبرة الطرف الآخر توجب عليه الاستقصاء فقد وجب عليه الاستعلام ، مثل المقاول يجب عليه الاستعلام عن مخاطر معينة قبل التعاقد ، يهتم بها بحكم مهنته ، مثل : الرطوبة المتجاورة ، ومدى تحمل السلم للمواد التى سينقلها عليه ، ومدى المتاعب التى سيصادفها عماله بسبب جنسيتهم أو بسبب ديانتهم (١٨) .

أما الحد الثانى للالتزام بالإعلام قبل التعاقد فهو أن يكون الطرف الآخر إما متفوقا فى المعرفة ، وإما أنه لا يصلح لتلقى هذه المعلومات ، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام بالإعلام هنا عديم الجدوى أو عديم الفائدة . ومن ذلك تفاوض بائع غير محترف مع مشترٍ محترف ومتمرس ، فلا يلتزم بائع السيارة بأن يبين للمشترى المحترف إلا ما يسأل عنه من معلومات تهمه على وجه الخصوص ، وبيع الوارث للمصنع الذى ورثه إلى شركة متخصصة يلزم هذه الشركة بالاستعلام عما يهمها من معلومات ، وأنه لا التزام بإخطار المشترى غير المتخصص بأمور فنية وتقنية معقدة لا يفقه فيها شيئا ، وأن بائع الجهاز الإلكترونى ليس ملزما بشرح النظرية التى يقوم عليها عمل هذا الجهاز لكل مشترٍ ، ويكفيه أن يبين له المعلومات المتصلة بالاستعمال العادى (١٩) .

محل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد :

٥٠

أوضحنا أن القاعدة هى التزام المتعاقد بأن يقدم إلى المتعاقد الآخر ، قبل التعاقد ، كل المعلومات المألوفة التى تهم كل متعاقد حسب طبيعة العقد، فضلاً عن المعلومات ذات الأهمية الخاصة لدى المتعاقد الآخر والتى يستعلم عنها ، وكل ذلك حتى يتخذ قراره بقبول التعاقد على بينة من ظروف العقد كافة .

ومؤدى ذلك أن المتعاقد لا يلتزم بأن يقدم إلى الطرف الآخر كل ما يعلمه ، ولكن يقتصر على ما يهم هذا الأخير من معلومات وحسب .

وهنا يثور التساؤل عن حدود هذه المعلومات التى يلتزم المتعاقد بتقديمها إلى الطرف الآخر ، خصوصا أن هذا الأخير لا يقدم عادة قائمة بالأسئلة التى يعنيه الإجابة عنها . وهو فى أغلب الأحوال قد يجهل أساس المشكلة فلا يعنى بالتساؤل حولها .

ويترتب على ذلك أن المتعاقد هو الذى يجب عليه أن يحدد حجم ونوع المعلومات التى تهم الطرف الآخر والتى يلتزم بتقديمها دون طلب ممن يتعاقد معه . فمن أين للمتعاقد أو المتفاوض أن يعرف أن هذه المعلومة - دون تلك - ذات أهمية خاصة للمتفاوض الآخر حتى يقدمها له تفاديا للمساءلة عن كتمانها أو عدم الإفصاح عنها ؟

من المتفق عليه أن كل متعاقد يستطيع أن يستند فى هذا الصدد إلى معيار محدد ، وهو معيار الإرادة الحرة الواعية . وبمعنى آخر تكون المعلومات مهمة بالنسبة للطرف الآخر كلما كان من شأنها أن تؤدى إلى اتخاذ قرار قبول التعاقد عن إرادة حرة واعية .

والمعلومات التى تهم كل شخص يزمع التعاقد ، وتؤدى إلى قبوله للتعاقد عن إرادة حرة واعية ، هى تلك التى تمنع من انزلاق الطرف الآخر إلى الغلط ، والتى تحول دون انخداعه بالتدليس ، أو مفاجأته بعيب خفى فى الشىء ، أو بالتعرض لاستحقاق الشىء أو منازعة الغير فيه ، أو تحديد مدى التزامه بناء على بيانات غير صحيحة .

١ - المعلومات المتعلقة بالصفة الجوهرية الدافعة إلى التعاقد :

٥١

القاعدة أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد . ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . ومن صور الغلط الجوهرى الغلط الذى يقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو حسب ظروف العقد ، بحيث لو علم المتعاقد قبل التعاقد بعدم توافر هذه الصفة لأحجم عن التعاقد .

ولكى يتوقى المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد للغلط ، عليه أن يوفى التزاما بالإعلام قبل التعاقد ، يتمثل فى إعطاء الطرف الآخر معلومات كافية عن توافر أو عدم توافر الصفة الجوهرية الدافعة إلى التعاقد ليزيل الوهم من ذهنه . فإن هو تعاقد بعد ذلك ،

فهو إنما يتعاقد عن بصيرة وعن إرادة واعية ، فلا يجوز له التمسك بالإبطال للغلط ، لأن الغلط يفترض توهم غير الواقع ، وقد زال هذا الوهم بالعلم [٢٠] .

ولكن صفات الشيء تتعدد ، وليس المتعاقد ملتزما بأن يقدم بيانا حول كل صفة من هذه الصفات ، بل يقتصر التزامه على ما هو جوهرى من هذه الصفات ، فكيف يعرف المتعاقد ما إذا كانت هذه الصفة أو تلك جوهرية من وجهة نظر من يتعاقد معه ؟ ففى التفاوض على بيع أرض غالية القيمة ، قد تكون الصفة الجوهرية التى يبحث عنها المشترى هى صلاحيتها لإقامة مصنع أو مزرعة أو مخزن أو ناد أو متجر وهكذا .

ولتحديد الصفة الجوهرية للشيء يتصور بداءة أن نأخذ بمعيار ذاتى ؛ أى أن الصفة تكون جوهرية من وجهة نظر المشترى ، بصرف النظر عن كونها غير ذلك من وجهة نظر الكافة ، وفى ذلك حماية مطلقة للشخص من أن يتعاقد على غير ما يريد فى الواقع . ويكون للمشترى الحق فى طلب إبطال العقد وفقا لهذا المعيار، إذا هو أثبت أنه توهم غير الواقع - صلاحية الأرض لإنبات الزهور - ولو علم بالحقيقة ما تعاقد ، وأن الطرف الآخر لم يبين له قبل التعاقد تخلف هذه الصفة .

على أن مثل هذا المعيار فيه إجحاف بالبائع الذى يتعذر عليه معرفة أى صفة من الصفات المعتادة للشيء هى التى تهم المشترى على وجه التحديد ، وبخاصة أن هذا الأخير قد يعنيه من الشيء صفة شاذة غير مألوفة [٢١] .

وقد يتصور من جهة أخرى أن نأخذ بمعيار موضوعى بحت ، قوامه الصفة الرئيسية للشيء بحكم ما يحيط به من ظروف [٢٢] . فالأرض فى المدينة تكون الصفة الجوهرية فيها هى قابليتها للبناء عليها ، وفى المنطقة الصناعية صلاحيتها لإقامة مصنع أو مخزن عليها ، وفى الريف قابليتها للزراعة وهكذا . ومن ثم فالبائع فى المدينة لا يلتزم إلا بالإعلام عن العوائق المادية والقانونية التى تعطل أو تقلل من صلاحية الأرض للبناء عليها . ومثل هذا المعيار إن كان يحقق للبائع حماية معقولة ، فهو يهدر كل حماية للمشترى الذى تعاقد على غير ما يريد .

لذلك تلاقت الحلول القضائية والتشريعية على معيار وسط هو معيار دائرة التعاقد ، فلا تعد الصفة جوهرية إلا إذا اعتبرها المتعاقدان معا ذات تأثير فى قرار المتعاقد بالدخول فى العقد [٢٣] ؛ أى اعتبرها المتعاقدان كلاهما وكأنها واحد من شروط العقد [٢٤] .

ولما كانت الصفات المألوفة للشيء متعددة ، فإن ما يدخل من بينها إلى دائرة التعاقد ، هو فحسب تلك التى اتفق الطرفان على أنها هى التى كانت الدافع إلى التعاقد بالنسبة إلى أحدهما على الأقل ، وأنه لو تخلفت ما تعاقد . ويتحقق ذلك بالاتفاق ، إما بأن يعلن أحدهما عن أهمية هذه الصفة فيوافقه الآخر ، وإما بأن يضمن أحدهما للآخر توافر هذه الصفة ، وإما بأن تشترط هذه الصفة صراحة أو ضمنا فى العقد [٢٥] .

فالأرض تصلح للمبانى السكنية أو الإدارية ، أو لإقامة مصنع عليها أو لزراعتها ، وكلها صفات مألوفة ، ولكن صلاحيتها لإقامة مصنع عليها تصبح وحدها هى الصفة الجوهرية إذا أعلن المشترى فى صلب العقد أنه يشترى الأرض لإقامة مصنع عليها ، أو إذا وافق البائع على ضمان موافقة السلطات العامة على الترخيص بإقامة مصنع على هذه الأرض ، أو إذا اشترط فى العقد صراحة أو ضمنا أن تكون الأرض صالحة لإقامة مصنع عليها .

فإذا ما تحققت لصفة من صفات الشيء ، خصيصة الصفة الجوهرية بالمعنى المتقدم ، فعندئذ يجب على الطرف الذى يعلم أن يخطر الطرف الذى لا يعلم - خلال مرحلة المفاوضات - بالمعلومات التى تحول دون وقوعه فى الغلط ، حتى يتوقى إبطال العقد والحكم عليه بالتعويض [٢٦] . فيجب عليه مثلاً أن يحيطه علما بأن هناك مشكلة ما حول منح ترخيص لإقامة مصنع على هذه الأرض ، أو أن هناك تخطيطا لحظر إقامة المصانع فى هذه المنطقة ، أو أنه سبق رفض طلب الترخيص بذلك فيما مضى .

هذا ويذهب القضاء الفرنسى إلى إعفاء المتعاقد من الإعلان عن الصفة الجوهرية التى دفعته إلى التعاقد ، مع بقاء الطرف الآخر ملتزما بالإعلام عن البيانات الحقيقية المتعلقة بهذه الصفة ، إذا كانت طبيعة العقد تفرض أن صفة معينة تعد جوهرية بالنسبة إلى المتعاقد [٢٧] . ومن ذلك أن من يشترى نصف العمارة وبها شقة خالية ، يفترض أن دافعه إلى التعاقد كان وقوع هذه الشقة الخالية فى نصيب البائع عند القسمة ، فإذا تبين وقوعها فى نصيب شريكه ، وأن المشترى لن يكون له عليها أى حق ، كان له طلب إبطال العقد للغلط [٢٨] . وكذلك فإن من يشترى سيارة جديدة غير مستعملة يفترض أن دافعه إلى التعاقد أن تكون خالية من العيوب ، فيجب على البائع أن يعلنه بهذه العيوب ، وإلا أمكن إبطال العقد للغلط [٢٩] .

٢ـ المعلومات التى تمنع من قيام التدليس :

٥٢

كان الاتجاه التقليدى يذهب إلى أن التدليس ليس عيبا مستقلاً من عيوب الرضاء ، بدليل أن إبطال العقد لا يتقرر جزاء للتدليس فى حد ذاته ، ولكن للغلط الناتج عن هذا التدليس [٣٠] . ومن ثم يقال إن التدليس هو إيقاع المتعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد [٣١] .

على أنه اعتبارا من عام ١٩٥٨ بدأت محكمة النقض الفرنسية فى إقرار وجود التزام بالإعلام قبل التعاقد ، وهو التزام يستخلص من ظروف كل عقد ، أو من نصوص القانون . ومن ثم فإن كتمان المتعاقد لما كان يجب عليه أن يفضى به إلى الطرف الآخر ، يعد فى حد ذاته نوعا من التدليس ، متى كان إعلان الحقيقة من شأنه أن يغير قرار الطرف الآخر فى التعاقد [٣٢] .

ويشير الفقه الفرنسى إلى أن القضاء قد توصل إلى أن كثيرا من العقود يفرض بطبيعته التزاما بالإعلام على عاتق أحد المتعاقدين أو كليهما ، وأن السكوت هو نوع من الإخلال بهذا الالتزام ، ما دام من شأنه أن يؤثر فى موقف الطرف الآخر [٣٣] . ومن ذلك التزام مقاول تشييد وتجهيز المبانى بالإعلان عن مدى مخاطر وتكاليف البناء ، والزام الشريك بالإفصاح عن ظروفه المالية التى تهدد الشركة ، وإعلان الوارث ما يعلمه عن ظروف المال المتقاسم عليه ، وإعلان محرر العقود عن عيوب الصياغة التى يتمسك بها العميل ، وهكذا الشأن فى علاقة المشترى بالبائع المحترف ، وفى علاقة الوكيل بالموكل [٣٤] .

ويتمثل هذا التطور القضائى إذن فى أنه كلما تعمد أحد المتعاقدين السكوت عن إعلان واقعة لو علمها الطرف الآخر ما تعاقد ، يكون قد أخل بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد ، ويتعرض للجزاء المناسب ، ولو لم يكن هذا السكوت مؤديا إلى وقوع المتعاقد فى غلط بصدد صفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص . ومن ذلك سكوت بائع السيارات المستعملة عن إعلام المشترى غير المتخصص بأن بيان عداد الكيلومترات فى السيارة لا يمثل الحقيقة ، بل هو أدنى بكثير من المعدل المألوف لمدة استعمال السيارة . فالمشترى هنا لو علم بالحقيقة ، ربما كان قد تعاقد ، لأنه لم يفتقد صفة جوهرية فى السيارة المشتراة ، إذ هو كان يبحث عن سيارة بحالة جيدة بصرف النظر عن عدد

الكيلو مترات التى قطعتها [٣٥] .

أما عن جزاء هذا الإخلال بالالتزام بالإعلام بكل البيانات التى تمنع من وقوع التدليس ، فقد يتمثل فى إبطال العقد للغلط ، إذا هو أدى حقيقة إلى توهم الطرف الآخر لغير الواقع بصدد صفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص . وقد يتمثل فى إبطال العقد لمجرد التدليس الدافع إلى التعاقد ، وقد يتمثل فى إلزام البائع بضمان العيوب الخفية [٣٦] .

ويبدو أن هذا هو النظر الذى يتفق مع تفسير المادة ١٢٥ /٢ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أنه « ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ، ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » .

وهذه المادة تفرض فى واقع الأمر واحدا من الجزاءات المتعددة التى يتعرض لها المتعاقد الذى سكت ، فأخل بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد .

٣ ـ الالتزام بالإعلام عن العيوب الكامنة فى الشىء :

٥٣

إذا كان محل التعاقد شيئا من الأشياء ، وخصوصا فى عقد البيع ، فلا يمنع من تحقق العدالة العقدية أن يقبل المشترى شراء شىء معيب ، ما دام يعلم بالحالة الحقيقية للشىء وما به من عيوب ، إذ يفترض عندئذ أن هذا الشىء المعيب يحقق للمشترى إرضاء ذاتيا .

أما إذا كان العيب خفيا لا يستطيع المشترى أن يتبينه إذا ما فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ، فمعنى ذلك أن البائع قد أخل بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد ، وذلك بصدد مسألة يهم المشترى قطعا أن يعلم بها [٣٧] . ومن ثم يقال إن البائع يسأل هنا عن العيب لذاته ، فلا مسئولية عن التبايع فى الأشياء المعيبة ، ولكنه يسأل لأنه لم يقم بالكشف عن العيب قبل التعاقد ، فالجزاء لا يكون عن العيب فى ذاته ، بل عن الخفاء الذى يكتنف هذا العيب [٣٨] .

ويؤكد هذا المعنى أن البائع لا يضمن العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ،

أو كان باستطاعته أن يتبينها إذا ما فحص الشيء بعناية الرجل المعتاد ، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه [٣٩] .

فالبائع يحاسب إذن عن إخفاء العيب وعدم الإعلان عنه ، وهو يستطيع أن يفلت من ضمان العيوب الخفية - برغم ما يكتنف الشيء من عيب - بإعلام المشترى قبل التعاقد بهذا العيب .

ولما كان المعول عليه هو إخلال البائع بالتزامه بإعلام المشترى بعيوب الشيء قبل التعاقد ، فإن هذا الإخلال يقدر بمعيار ذاتي من وجهة نظر المشترى . فإذا كان المشترى شخصا عاديا غير متخصص أو غير فنى بما لا يسمح له بالتعرف على العيب بالفحص العادى ، فهو عيب خفى يضمنه البائع ، لأنه كان يجب عليه أن يدعم عدم خبرة المشترى بأن يعلمه بما فى الشيء من عيوب .

أما إذا كان المشترى محترفا يشترى الشيء بحكم مهنته أو فى حدود اختصاصه الحرفى أو الفنى ، فيفترض فيه العلم بالعيوب التى تكتنف الشيء عادة ، ولو كان اكتشاف هذه العيوب مما يتعذر على الشخص العادى ، فلا التزام هنا على البائع بإعلام من يعلم أو يفترض فيه أن يعلم [٤٠] .

على أن الصفة المهنية أو الحرفية للمشترى لا تعفى البائع تماما من التزامه بالكشف عن العيوب الكامنة فى الشيء المبيع ، إلا فى الأحوال التى تكفى فيها خبرة المشترى لكشف العيب الكامن فى الشيء .

فإذا كان المشترى لا يستطيع - برغم خبرته - اكتشاف العيب ، إلا بالاستعانة بخبير أو تحليل أو فحص خاص ، أو كان لا يستطيع التنبه إلى هذا العيب إلا بمعاونة البائع الذى كان يجب عليه أن يلفت نظره إليه ، فهنا يعود إلى البائع التزامه بالإعلان عن عيوب الشيء وإلا كان ضامنا لها . ومن ذلك بيع مواد كيميائية لاصقة ضعيفة الفعالية أو قابلة للاشتعال مع الاستعمال العادى ، أو صناديق معدنية لا ينكشف ضعف معدنها إلا باختبارات غير مألوفة ، أو بيع حجارة أصابها التصدع الداخلى من فعل الجليد ، أو بيع جهاز نزل حديثا إلى الأسواق يؤدى إلى مخاطر معينة فى بعض أوجه الاستعمال [٤١] .

بل ولا يعفى البائع من واجب الإعلان عن عيوب الشىء ، برغم افتراض علم المشترى بها من واقع خبرته وتخصصه ، ما دام البائع كان يعلم بهذه العيوب ، فلا يجوز له أن يركن عندئذ إلى خبرة المشترى أو سكوته عن الاستعلام ، فهناك إذن تفاوت فى العلم ، ما بين علم يقينى وعلم مفترض [٤٢] .

بل ويلتزم البائع أيضا بالإعلام عن العيب ولو كان لا يعلم بوجوده ، إذ الالتزام بالإعلام يلقى على عاتق البائع واجب فحص الشىء قبل بيعه إلى الغير ، فهو إذن يلتزم بالإعلام عما يعلمه ، وعما كان يجب أن يعلمه .

ولا يقف التزام البائع بالإعلام عند العيوب الكامنة فى الشىء ، بل هو يمتد أيضا ليشمل مخاطر الشىء أو أوجه الاستعمال التى تؤدى إلى الخطر ، ونوع هذا الخطر ومداه ، بما يؤدى إلى تفادى وقوع الحوادث . فالمخاطر غير المألوفة للشىء يمكن أن تعد نوعا من البيانات التى يلتزم البائع بالإعلان عنها قبل التعاقد [٤٣] ، ولو لم يكن تحقق هذه المخاطر فى ظروف استخدام معينة نوعا من العيوب التى تحقق الضمان [٤٤] .

وبداهة فإن البائع ينفذ هذا الالتزام بالإعلام عن مخاطر الشىء فى ظروف الاستخدام المختلفة ، إن هو قدم مع الشىء المبيع النشرات والكتيبات التى تغطى هذه البيانات .

٤ ـ الالتزام بالإعلام عن حقوق الغير :

٥٤

لا يكفى أن يقوم البائع بتسليم الشىء المبيع إلى المشترى بالأوصاف المتفق عليها فى عقد البيع ، بل هو يضمن له أيضا انتفاعا هادئا ؛ أى خاليا من أى ادعاء من الغير بأى حقوق سابقة على الشىء المبيع ، مثل حق الملكية ، وحقوق الاختراع والملكيات الصناعية والتجارية وغيرها .

ومن ثم يلتزم البائع بأن يعلم المشترى ـ خلال فترة المفاوضات وقبل التعاقد ـ بما إذا كان المبيع قد يتعرض مستقبلاً لخطر الاستحقاق أو المنازعة من جانب الغير .

والقاعدة أن يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى ، ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبى قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع [٤٥] .

وليس هناك ما يمنع من الاتفاق فى العقد على إعفاء البائع من ضمان الاستحقاق ، ولكن هذا الإعفاء لا ينتج أثره كاملاً إلا إذا قام البائع بتنفيذ التزامه بالإعلام قبل التعاقد ، الذى يتمثل هنا فى إعلام المشترى بسبب الاستحقاق . فإذا سكت البائع عن إعلام المشترى بحقوق الغير - برغم علمه بها - سقط شرط الإعفاء من الضمان [٤٦]

وتطبيقا لذلك يلتزم البائع بأن يعلن خلال المفاوضات عن حقوق الغير أو الادعاءات المتوقعة من الغير والتى تتصل بموضوع العقد محل التفاوض . ومن ذلك ادعاء الغير بحق ملكية أو بحق ارتفاق غير ظاهر أو بحق شخصى يتعلق بالعقار مثل حق إيجار ، أو بحق عينى تبعى مثل حق الرهن ، أو بملكية صناعية مثل براءات الاختراع أو ملكية الاسم أو النموذج أو الرسم الصناعى الذى يجرى التعامل فيه ، ومثل الحقوق الأدبية للمؤلف ، وأى اتفاقات أخرى مع الغير تقيد أو تحد من الحقوق التى ينقلها البائع إلى المشترى .

فإذا كانت ملكية البائع متنازعا فيها ، يجب عليه إخطار المشترى بأنه ربما يكون فى وضع من يبيع ملك غيره ، وعندئذ يعفى من التعويض عند إبطال العقد بسبب بيع ملك الغير [٤٧] ، وذلك باعتبار أنه قد أوفى بالتزامه بالإعلام عن حقوق الغير قبل التعاقد [٤٨] .

المبحث الثانى

الالتزام بأصول التفاوض

أصول التفاوض :

٥٥ إذا ما دخل الطرفان فى دائرة التفاوض ، فإنهما يشاركان فى إنشاء حالة واقعية تترتب عليها آثار قانونية معينة .

ويكون الطرفان فى دائرة التفاوض متى أعلن كل منهما أنه على استعداد لمناقشة أفكار الطرف الآخر ، وعرض أفكاره هو ، تمهيدا للوصول إلى تصور مشترك مقبول من كليهما ، وهذا هو العقد النهائى الذى يكفى لقيامه مجرد التوقيع .

ويتم هذا الإعلان فى صور متعددة . ومن ذلك أن يقدم أحد الطرفين إيجابا كاملا ، فيدعوه الطرف الآخر إلى التفاوض ، ويكون الإيجاب فى هذه الحالة هو أساس المفاوضات . ومن ذلك أيضا أن يطرح أحد الطرفين رغبته فى التعاقد حول موضوع معين ، فيدعوه الطرف الآخر إلى الاجتماع لمناقشة تفاصيل هذا الموضوع ، للتوصل إلى صياغة محددة لمشروع العقد . ومن ذلك أيضا أن يكون هناك عقد قائم بين الطرفين ، ويدعو أحدهما الآخر إلى التفاوض لتعديل العقد ، أو إلى إبرام عقد جديد متصل بالعقد القائم أو مترتب عليه .

وبذلك يكون قيام حالة التفاوض مشروطا دائما بتلاقى إرادة الطرفين على الدخول فى مناقشات تهدف إلى صياغة تصور مشترك هو مشروع العقد النهائى . أما طلب التفاوض الصادر من أحد الطرفين دون موافقة الطرف الآخر على ذلك ، فلا يؤدى إلى الدخول فى دائرة التفاوض . ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا ما رفض الطرف الآخر الدخول فى المفاوضات منذ البداية ، أو رفض العرض أو الإيجاب بصفة قطعية ، أو لم يعلن استعداده للتفاوض بشأنه . فلا يجبر شخص على الدخول فى المفاوضات ما دام لم تصدر منه إرادة سابقة أو معاصرة تسمح بذلك .

فإذا ما قامت حالة المفاوضات أو دخل الطرفان فى دائرة التفاوض ، ترتب على ذلك التزام كل منهما بمراعاة أصول التفاوض ، وإلا كان مسئولا مدنيا تجاه الطرف الآخر عن الإخلال بهذا الالتزام .

وقد ظهرت ملامح هذا الالتزام فى العديد من أحكام القضاء تحت تأثير أفكار فقهية متعددة . فالدخول فى المفاوضات عمل إرادى يؤدى إلى نشوء حالة واقعية ذات أثر قانونى ذى شقين :

الأول ـ الالتزام بالاستمرار فى المفاوضات حتى تنتهى إلى النجاح أو إلى الفشل لأسباب مألوفة أو جدية .

الثانى ـ الالتزام بالسرية ؛ أى الالتزام بالمحافظة على الأسرار التى علمها المتفاوض من الطرف الآخر بمناسبة المفاوضات .

وسوف نعالج ذلك فى مطلبين على الوجه التالى :

المطلب الأول : الالتزام بالاستمرار فى المفاوضات .

المطلب الثانى : الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات .

المطلب الأول

الالتزام بالاستمرار فى المفاوضات

أساس الالتزام :

٥٦ متى بدأت حالة المفاوضات ، بأن دخل الطرفان فعلاً فى دائرة التفاوض ، بمطلق إرادة كل منهما ، فقد نشأت حالة واقعية يجب الاعتداد بها [٤٩] .

وقوام هذه الحالة الواقعية أن كل طرف قد بعث فى نفس الطرف الآخر الثقة بأنه سيناقش معه بجدية وبرغبة صادقة كل ظروف العقد المتوقع ، وأنه إذا سارت الأمور فى وضعها المألوف ، فسينتهى الأمر بتوقيع العقد النهائى .

وعلى أساس هذه الثقة ، سيتكبد كل طرف نفقات وجهدا يتمثل فى إعداد دراسات العقد ، وتشكيل فريق المفاوضين . بل وقد يصل الأمر إلى اختراع أو تصميم عمل فنى معين ، أو إقامة منشآت أو مخازن أو الحصول على تصاريح من جهات مختصة ، أو التعاقد مع محامين ومهندسين وهكذا .

فإذا فوجئ واحد من الطرفين بأن الطرف الآخر لم يكن جادا فى موقفه ، أو كان متعنتا ، أو هو لم يقصد سوى الدعاية أو الإعلان ، أو مجرد استطلاع ظروف الطرف الآخر أو ظروف السوق ، فمن المؤكد أن هذا الطرف الأول سيشعر بأن ثقته قد أهدرت وأن أضرارا قد لحقته نتيجة لسوء نية الطرف الآخر ، ومن العدل أن يطلب من القضاء أن ينصفه .

وإذا وقف هذا الطرف المخدوع أمام القضاء فإن سنده فى طلب التعويض عما لحقه من ضرر سيكون سوء نية الطرف الآخر ، أو المسلك الخاطئ المتمثل فى بعث ثقة وهمية وزائفة فى نفسه .

ولكن الطرف الآخر سيكون له دفاعه أيضا ، فهو لا يلتزم بحال بإبرام العقد النهائى ، وليس عليه أن يعلن مبررا لذلك . فالأصل - وفقا لمبدأ سلطان الإرادة - أن أحدا لا يجبر على التعاقد بغير مطلق إرادته ، وأن مثل هذا التهديد بالتعويض يؤدى حتما إلى تهديد حرية التجارة والحرية التعاقدية والمنافسة الحرة ، وفتح الباب أمام الشركات المغامرة والمحترفة للحصول على تعويضات عن رفض عروضها المغالى فيها ، أو التى لا يتوقع تنفيذها بسبب نقص الخبرة أو سوء السمعة .

وقد وجد القضاء أن عليه أن يوفق بين اعتبارين : الاعتبارالأول يتمثل فى حماية الطرف الذى وثق بجدية المفاوضات . والاعتبارالثانى هو حماية الطرف الآخر من أن يجبر على قبول عقد لا يريده ، تحت تهديد الإلزام بالتعويض .

وقد غلب الاعتبار الثانى فى البداية ، تحت تأثير الاحترام المطلق لمبدأ سلطان الإرادة ، وما يمليه من ضرورة إلغاء أى قيود تحد من الحرية التعاقدية . فيجب على كل طرف أن يضع فى اعتباره مسبقا أن الطرف الآخر ليس ملتزما بإبرام العقد النهائى ولا بتقديم مبرر لذلك .

ولكن مع تزايد الدعاوى القضائية التى ظهر فيها بوضوح سوء نية أحد الطرفين ، من واقع انسحابه من المفاوضات فجأة ، بدت الحاجة إلى ضرورة ملاحقة الشركات غير الجادة ، وبخاصة تلك التى ترمى إلى الدعاية والإعلان ، عن طريق الدخول فى مفاوضات وهمية بعد نشر إعلانات بالرغبة فى التعاقد .

وقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن الانسحاب من المفاوضات بعد أن قطعت شوطا مهما ، هو نوع من التعسف فى استعمال الحق ، خصوصا إذا كان هناك عمد وسوء نية ، يستدل عليهما من واقع أن المفاوض كان قد بيت النية مقدما على عدم التعاقد [٥٠] .

وذهبت أحكام أخرى إلى أن المفاوض الذى أوحى إلى الطرف الآخر باحتمال إبرام العقد فى نهاية مفاوضات معقولة ، يكون قد قطع على نفسه عهدا بالاستمرار فى المفاوضات ، ويكون فى الإخلال بهذا العهد خطأ يوجب مسئوليته [٥١] .

وقال حكم آخر إن الدخول فى مفاوضات بقصد إبرام العقد ، يؤدى إلى قيام التزام على المفاوض بالاستمرار فى المفاوضات ، ولكنه لا يلتزم بإبرام العقد النهائى ، فهذا مجرد التزام ببذل عناية معينة ، تتمثل فى أن يسلك فى أثناء المفاوضات مسلك الرجل المعتاد ، ولكنه ليس التزاما بتحقيق نتيجة هى إبرام هذا العقد [٥٢] .

وبذلك يكون أساس الالتزام بالاستمرار فى التفاوض هو إرادة المفاوض ذاته . فقد بعث فى نفس الطرف الآخر الثقة بأن هناك مفاوضات جادة قد تنتهى حسب مألوف الأمور إلى إبرام العقد النهائى ، وأن هذا الطرف لن ينسحب من المفاوضات إلا لسبب جاد ومعقول ، وإن كان غير ملزم بالإعلان عنه .

ويبدو أيضا من مطالعة أحكام القضاء ، أنه كلما زادت الثقة التى تولدت فى نفس الطرف المفاوض ، زاد بالتالى التزام الطرف الآخر بالاستمرار فى المفاوضات وعدم قطعها إلا لسبب واضح يمكن التعرف عليه [٥٣] .

وتتزايد حالة الثقة هذه إذا طلب الطرف الآخر إجراء دراسات أو إعداد تصميمات أو رسوم فنية ، أو الحصول على تراخيص أو استئجار منشآت أو مخازن ، أو إرسال وفد من المفاوضين على مستوى معين . فهنا تتزايد الثقة فى نفس المفاوض بأن الأمر كله غاية فى الجدية .

ويبدو أيضا من مطالعة أحكام القضاء في هذا الصدد أن الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا ينشأ لمجرد بدء حالة المفاوضات . وبمعنى آخر فليس لزاما أن كل مفاوضات تبدأ يجب ألا تتوقف حتى تنتهي إما بالنجاح وإما بالفشل ، وإلا لكان في ذلك التزام على المفاوض بأن يوقع العقد أو يقدم سببا مقبولا لعدم التوقيع . ولكن الالتزام بالاستمرارفي التفاوض لا يقوم إلا إذا اقترنت حالة المفاوضات بظروف من شأنها أن تبعث في نفس المفاوض الثقة بأن الطرف الآخر سيوقع العقد النهائي إن هو اتخذ موقفا معقولا [٥٤] .

وهذه الظروف التي تؤدي إلى قيام الثقة في نفس المتعاقد بالاحتمال المؤكد لتوقيع العقد النهائي ، تتمثل في كل عمل أو طلب أو موقف ساهم الطرف الآخر في قيامه ، وكان من شأنه أن يوحي بأنه خطوة إلى الأمام في سبيل توقيع العقد النهائي [٥٥] .

وبالمقابل لا يقوم الالتزام بالاستمرار في المفاوضات ، إذا لم يتبين أن ثقة ما قد تولدت في نفس الطرف المتفاوض بأن العقد النهائي أمر محقق .

ومن ذلك أن يكون العرض مغالى فيه من حيث القيمة ، أو ضعيفا من الناحية الفنية ، أو غير مستوف للشروط المطلوبة عند الدعوة لتقديم الإيجاب ، أو نوعا من التسويق للمنتجات الذي يعرض على جهات متعددة كجزء من سياسة الشركة ، فكلما افتقد العرض الخصوصية ، قلت الثقة لدى المتفاوض بأن عرضه على وشك القبول .

ومن ذلك أيضا الموقف السلبي المحض من جانب أحد الطرفين ، الذي يقتصر على الدراسة والتساؤل دون أن يوحي أو أن يطلب من الطرف الآخر أي خطوة إيجابية تتجه نحو إبرام العقد النهائي .

ومما يقلل أو ينفي هذه الثقة في نفس الطرف الآخر أيضا أن يكون هناك تحفظ قاطع من جانب أحد الطرفين بأن الإجراءات التي تتبع في المفاوضات لا تعد بحال خطوات نحو التوقيع على العقد النهائي .

ويمكن القول في ضوء ذلك إنه إذا أرادت الشركة أو المنشأة أن تنفي عن نفسها الالتزام بالاستمرار في التفاوض ، فعليها أن تمتنع عن طلب أي خطوة خاصة توحي للطرف الآخر بالأمل الزائد في أن توقيع العقد النهائي قد بات أمرا مؤكدا ، أو على الأقل التحفظ القاطع بأن العرض لم يلق قبولاً واضحا من جانبها .

مضمون الالتزام :

٥٧

إذا قام الالتزام بالاستمرار فى المفاوضات ، لا يعنى ذلك التزام كل من الطرفين المتفاوضين بالوصول حتما إلى إعداد مشروع العقد .

ذلك أن تصوير هذا الالتزام بأنه التزام بالقيام بعمل من شأنه أن يلغى حرية التعاقد ، فقد يرى أحد الطرفين أن العقد لا يناسبه من الناحية الفنية أو الاقتصادية ، أو لأى أسباب أخرى . كما أن هذا الالتزام بالاستمرار فى التفاوض لو أخذ بمعناه الإيجابى لوجب على المفاوض الذى يرغب فى عدم إبرام العقد النهائى أن يقدم مبررا مقبولاً لذلك ، وهو ما يؤدى أيضا إلى وضع قيد خطير على حرية عدم التعاقد ، الأمر الذى لا يتفق ومبدأ سلطان الإرادة [٥٦] .

ولكن الالتزام بالتفاوض يؤخذ هنا بمعناه السلبى ، فهو مجرد التزام بعدم الخروج عن مسلك الرجل المعتاد فى أثناء المفاوضات ، والرجل المعتاد لا ينسحب من المفاوضات بطريقة تعسفية [٥٧] .

ولعل المسألة التى تثير الجدل هى معرفة الحد الفاصل بين الانسحاب المشروع والانسحاب غير المشروع من المفاوضات . وبمعنى آخر إذا كان يحق لكل متفاوض أن يعلن عدم رغبته فى إبرام العقد النهائى بمطلق حريته ودون إبداء الأسباب ، ففى أى الأحوال يكون انسحابه هذا عملاً غير مشروع يؤدى إلى التزامه بالتعويض ؟

فى هذا الصدد أكدت أحكام القضاء أنه يمكن الوصول إلى المعيار المقبول ، إذا نحن وضعنا فى اعتبارنا أن جزاء التعويض لا يوقع على الطرف المنسحب من المفاوضات بسبب هذا الانسحاب فى ذاته - فهذا أمر مشروع دائما ولا جزاء عليه - ولكن بسبب الثقة الزائفة التى بعثها فى نفس المتعاقد الآخر .

ففى كل مرة ينسب فيها إلى المتفاوض أنه ساهم فى قيام ظروف توحى أو تؤكد بأن العقد النهائى سيوقع حتما فى مألوف الأمور ، ثم يتضح أنه كان سيئ النية أو يقصد الإضرار بالطرف الآخر أو تحقيق نفع لنفسه دون اعتبار لهذه الثقة ، يكون الانسحاب من المفاوضات أمرا غير مشروع [٥٨] .

ومن السهل إعمال هذا المعيار من الناحية العملية ، فهناك متفاوض وضع فى اعتباره - حسب المألوف فى عرف المعاملات - أنه قد يفلح فى إقناع الطرف الآخر بالتعاقد وقد يفشل ، إما لأسباب ترجع إلى عدم ملاءمة العرض المقدم منه فى ذاته ، وإما لعدم قدرته على إغراء الطرف الآخر بقبول التعاقد . فهنا لا يكون انسحاب أحد الطرفين من المفاوضات عملاً غير مشروع ، بل إن هذه هى الحرية التعاقدية التى ينص القانون على تأكيدها .

وبالمقابل هناك متفاوض آخر وجد نفسه أمام أعمال إيجابية صادرة من الطرف الآخر أو هو ساهم فى قيامها ، وهى تعد بمثابة إعلان واضح منه بأنه ينوى قبول التعاقد . ومن أمثلة هذه الأعمال الإيجابية دعوة المتفاوض إلى إجراء تعديل فى تصميم الآلات والمعدات المعروضة لتتلاءم مع مصانع الطرف الآخر ، أو طلب الحصول على ترخيص من السلطة المختصة ، أو استئجار مخزن أو ورشة لخدمة هذا العقد ، أو الإعلان عن الصفقة فى الصحف ، أو الارتباط بعملاء آخرين بافتراض أن العقد النهائى سيوقع حتما .

وبرغم أن الطرف المنسحب من المفاوضات لا يلتزم بتقديم مبرر لعدم رغبته فى الدخول فى العقد النهائى ، فإن القضاء يستخلص من غياب المبرر المقبول دليلا على سوء نية الطرف الآخر . ويستدل عادة على غياب المبرر المقبول بقرينة مستخلصة من وجود مبرر آخر غير مشروع ، كان هو السبب الحقيقى للانسحاب من المفاوضات [٥٩] .

ومن ذلك أن تهدف شركة ما إلى الدعاية لحجم منتجاتها ، فتدعو شركات متعددة أخرى إلى الدخول فى مفاوضات لإبرام عقود لتوزيع المنتجات ، والتنسيق بين هذه الشركات لتغطية أرجاء البلاد كافة ، وبعد أن يتحقق لها الإعلان الكافى عن منتجاتها ، تنسحب من المفاوضات .

ومن ذلك أيضا ما يعرف باسم مفاوضات الاستطلاع ، حيث تسعى بعض الشركات إلى الادعاء برغبتها فى التعاقد ، ثم تدخل فى مفاوضات مع شركات متعددة بهدف معرفة مستوى الأسعار والمستوى الفنى لهذه الشركات . بما يحقق لها تفوقا فى المنافسة .

ويضاف إلى ذلك أيضا الانسحاب الكيدى من المفاوضات ، بغرض إجبار الطرف الآخر على قبول شروط جائرة وتعسفية .

ويستخلص كذلك سوء نية الطرف المنسحب من أى ظروف توحى بأنه لم يكن ينوى التعاقد منذ البداية ، لضعف إمكانياته أو لأن العقد كان أكبر من طاقته وقدراته .

وبذلك يكون أساس الخطأ المسمى بالانسحاب غير المشروع من المفاوضات هو الانسحاب بسوء نية ، سواء كانت هذه النية السيئة متوافرة لدى الطرف المنسحب منذ البداية ، أو طرأت بعد ذلك .

ولما كان مناط الإخلال بالالتزام هنا هو سوء النية ، وكان حسن النية مفترضا ، فإنه يقع على عاتق الطرف المضرور أن يثبت سوء نية الطرف المنسحب ، فإن فشل فى ذلك لا يحكم بالتعويض على هذا الأخير ، لأنه غير مطالب بأن يقدم مبررا لانسحابه (٦٠) .

المطلب الثانى

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

أساس الالتزام :

٥٨ عادة ما تبدأ المفاوضات بأساس يتقدم به أحد الطرفين ، مثل عرض أو إيجاب ، أو رغبة فى شراء مصنع أو توريد منتجات أو غير ذلك . ولأن أحد الطرفين على الأقل يسعى لإقناع الطرف الآخر بالتعاقد ، فإنه يقدم من خلال المفاوضات تفاصيل ومعلومات دقيقة عن الموضوع . وقد تكون هذه المعلومات من المعلومات العامة المتداولة ، وقد تكون خاصة بالطرف الذى قدمها . وقد تكون هناك دراسات وبحوث وتصميمات قام بها هذا الطرف بمناسبة العقد المزمع إبرامه على وجه الخصوص .

ومن ذلك أن تعلن شركة ما عن رغبتها فى زيادة القدرة الإنتاجية لمصانعها ، فتتقدم شركة أخرى بعرض يتضمن رسومات وتصميمات هندسية وفنية ووسائل

تكنولوجية حديثة ، بعضها عام تطبقه الشركة فى كل مشروعاتها ، وبعضها خاص بالعملية المعلن عنها ، ويتضمن العرض أيضا الوسائل الفنية للتنفيذ ونصائح بإجراء تعديلات فى طرق الإنتاج ، إلى جانب بيان الأسعار والتكلفة وطريقة حسابها .

فإذا ما تم توقيع العقد النهائى ، فلا مشكلة فى الأمر ، إذ عادة ما يتفق الطرفان على حق الطرف المستفيد فى تملك هذه المعلومات الفنية ، ومدى حقه فى الإفادة منها فى أعمال أخرى مستقبلة أو نقلها إلى الغير .

ولكن يثور التساؤل عن مدى التزام المتفاوض بالمحافظة على سرية هذه المعلومات خلال فترة المفاوضات ، سواء انتهت المفاوضات بالنجاح أو بالفشل . وهل يجوز لمن تلقى هذه المعلومات أن يفشيها إلى الغير أو يعلن عنها أو يستفيد منها أو يستغلها لحساب نفسه أو لحساب الغير ؟

وفقا للقواعد العامة لا يلتزم الشخص بالمحافظة على ما تلقاه من معلومات ، إلا إذا كان هناك نص فى القانون أو فى العقد يلزمه بالمحافظة على سريتها ، ما دام صاحب هذه المعلومات لا يرغب فى الكشف عنها للغير .

وتزخر نصوص القانون ببيان الحالات التى يعتبر فيها الشخص مؤتمنا على ما تلقاه من معلومات ، فلا يجوز له الكشف عنها ما لم يكن الأمر متعلقا بارتكاب جريمة . ومن ذلك الموظفون العموميون فيما يتلقونه من معلومات بمناسبة عملهم ، مثل موظفى : الجمارك والضرائب والإحصاء . ومن ذلك أيضا المحامون والأطباء وغيرهم الذين يؤتمنون على أسرار عملائهم . وهناك نصوص عامة فى قانون العقوبات تجعل الإفضاء بالمعلومات التى يحرص الغير على إخفائها جريمة معاقبا عليها ، إما باعتبار ذلك جريمة إفشاء للأسرار ، وإما باعتباره نوعا من القذف والتشهير إذا كان من شأن هذه المعلومات أن تحط من شأن الشخص بين الناس [٦١] .

ومن الناحية المدنية لا يجوز أيضا إفشاء الأسرار كوسيلة للإثبات ، ما دام الشخص مؤتمنا عليها [٦٢] .

وقد يوجد مثل هذا الالتزام بالسرية من خلال نص ورد فى العرض أو الإيجاب أو فى الدعوة إلى التعاقد أو فى خطاب لاحق ، وعندئذ يعتبر ذلك التزاما عقديا بعدم الإفشاء ، ما دام قد تم إدراجه فى نصوص العقد اللاحق بين الطرفين .

ولكن يدق الأمر إذا لم يوجد نص فى القانون أو فى العقد يقضى بإلزام من تلقى معلومات بمناسبة العقد ، وخصوصا فى مرحلة المفاوضات للعقود التى لم تتم ، بعدم الإفضاء بها أو الكشف عنها للغير ، فهل يظل هذا الالتزام قائما برغم عدم وجود نص يستند إليه ؟

إجابة عن ذلك يمكن القول بأن المفاوض يمتنع عليه الإفضاء بالمعلومات التى علمها من الطرف الآخر فى أثناء مفاوضات العقد ، استنادا إلى أحكام المسئولية التقصيرية . فالخطأ التقصيرى يتمثل فى الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن مسلك الرجل العادى عند التعامل مع الغير، والرجل العادى لا يفشى الأسرار التى علمها بمناسبة مفاوضات العقد ، ولا يفضى بها إلى الغير ، ولا يستغلها لحساب نفسه [٦٣] ، وما دام معيار الرجل المعتاد يقوم على اعتبار أخلاقى إلى جانب الاعتبار المادى [٦٤] .

مضمون الالتزام :

٥٩ يتلقى كل واحد من الطرفين المتفاوضين العديد من المعلومات من الطرف الآخر بمناسبة العقد المزمع إبرامه . ولكن ليست كل هذه المعلومات محلا للسرية ، بل يقتصر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات على نوعين منها : النوع الأول يشمل المعلومات التى أسبغ عليها صاحبها طابع السرية . والنوع الثانى يشمل المعلومات التى تكون غير قابلة للنشر أو للإعلان بطبيعتها [٦٥] .

ففيما يتعلق بالنوع الأول من المعلومات السرية ، وهى تلك التى أسبغ عليها صاحبها هذا الطابع ، المعيار فى ذلك هو الثقة المتبادلة التى قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المزمع إبرامه فى القريب .

ومن ذلك مثلاً الحالة المالية للمنشأة ، فقد يطلب أحد الطرفين تسهيلات ائتمانية أو قرضا ، أو يعلن أنه يسعى للاندماج فى مؤسسة أخرى توقيًا للانهيار المالى . وهو إذ يعلن ذلك للطرف الآخر ، فإنه يثق بأنه لن يستغل ذلك ضده ، ومن ثم تأخذ هذه المعلومات طابع السرية [٦٦] .

ومن ذلك أيضا الحالة الفنية للمنشأة . فقد يكون الغرض من العقد الذى يسعى الطرفان إلى إبرامه التغلب على مشكلات فنية فى التصنيع أو فى الإدارة أو فى وسائل الإنتاج ، فيفهم من الإفصاح عن هذه المشكلات أن من يعانيها لا يريد الإعلان عنها [٦٧]

ومن ذلك أيضا الرسوم والبحوث والتصميمات والدراسات التى أعدت بمناسبة العقد المزمع إبرامه . فهذه تأخذ طابع السرية باعتبار أنها لم تعد لإطلاع الغير عليها ، ويكون فى إفشائها خطأ تقصيرى يعرض من أفشاها للحكم عليه بالتعويض . كما أن استغلالها لحساب نفسه أو لحساب الغير يؤدى إلى تطبيق أحكام الإثراء بلا سبب ، فيحكم على من حقق إثراء من وراء ذلك بالتعويض [٦٨] .

ويدخل فى ذلك أيضا المعلومات التى تصل إلى علم أحد الطرفين بالمصادفة أو بالتحرى أو بالفحص ، مثل سوء حالة المصنع أو تدهور المركز المالى لأحدهما ، أو تقرير من البنك بأنه يتعرض لأزمة مالية . فالطرف الذى علم بذلك ، لم يتيسر له هذا العلم ، إلا بمناسبة مفاوضات العقد ، فلا يجوز إذن الإفضاء بها بغير موافقة صاحب الشأن [٦٩] .

وفيما يتعلق بالنوع الثانى من المعلومات ، وهى تلك التى تكون سرية بطبيعتها ، فتشمل كل المسائل التى يكون من شأن إعلانها بغير موافقة صاحب الشأن أن تحدث ضررا ماديا أو أدبيا [٧٠] ، فيدخل فى ذلك المعلومات ذات الطابع الشخصى ، فهذه أمور واقعية ومشروعة ، ولكن الإعلان عنها يؤدى إلى إيذاء الشعور ، وقد يضر بالمركز التجارى فى السوق . ومن ذلك أن يعلم المفاوض أن المالكة لأغلب أسهم الشركة امرأة تربطها برئيس الشركة علاقة زواج مشروعة ولكنها غير معروفة ولا منتشرة ، أو يعلم أن السبب الرئيسى لإبرام العقد هو الخلاف بين المديرين من الأقارب .

ويدخل فى ذلك أيضا كل المسائل الصحية ، مثل الأمراض التى يعانيها واحد من المديرين أو المتفاوضين أو غيرهم ، فهذه مسائل لا يجوز الإفضاء بها إلا بموافقة صاحب الشأن ، باعتبار أن الحق فى الخصوصية يمنع الغير من اقتحام أسرار الشخص والكشف عنها [٧١] .

ويدخل فى إطار السرية أيضا كل المعلومات التى علمها أحد الطرفين من الآخر - بمناسبة المفاوضات - عن أسعار التكلفة ، ووسائل خفض تكاليف الإنتاج ، وخطط الإنتاج المستقبلة ، ووسائل الدعاية غير المباشرة [٧٢] .

على أن الالتزام بالسرية لا يشمل المسائل غير المشروعة ، مثل التهرب من الضرائب ، أو التهريب الجمركى ، أو الاحتكارات المحظورة ، أو المسائل الصورية التى تخفى هدفا غير مشروع .

ولكن خروج مثل هذه المسائل من إطار الالتزام بالسرية لا يعنى أن الطرف الآخر قد أصبح مطلق الحرية فى الإفضاء بها للكافة أو إلى وسائل الإعلام ، ولكن يقتصر ذلك على الإفضاء بها إلى السلطات العامة متى كانت تشكل جريمة جنائية ، وكان القانون يوجب عليه كمواطن عادى الإبلاغ عنها ، أو طلبت هذه السلطات شهادته بشأنها [٧٣] .

ويخرج أيضا عن الالتزام بالسرية كل المعلومات التى أفضى بها صاحبها إلى وسائل الإعلام لتعلن على الكافة ، إذ هو بذلك يكون قد أزال عنها بنفسه طابع السرية [٧٤] .

الهوامش

(1) Ripert (G.) : la règle morale dans les obligations civiles, 4 éd . 1949, no 40 et s., p. 74 et s.

(2) Michel de Juglart : L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 1 et s.

(3) Bernard Rudden : Le juste et inefficace pour un non-devoir de renseignements, Rev. trim dr. civ. 1985, p.91 et s.

(4) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 457 et s.

(5) M. Boccara : Dol, silence et reticence, Gaz. Pal., 1953. 1. Doctrine, p. 24.

(6) Bernard Rudden : Le juste et l'inefficance pour un non-devoir de renseignements, Rev. trim. dr. civ. 1985, p. 91, no 22, p. 101.

(7) M. 1vainer : De l'ordre public technique à l'ordre public technologique, J. C. P. 1972 -1- 2495.

(8) Jourdain (P.) : Le devoir de se renseigner, contribution à l'étude de l'obligation de renseignement, D. 1983, Chron. xxv, p. 139 et s.

(9) Locus de Leyssac : L'obligation de renseignements dans les, contrats, "L'information en droit privé", L. G. D. J. 1978, sous la direction de Y. Loussaurn et P. lagarde, p. 305 et s.

(10) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 107-Weill et Terré : Les obligations, no 54 - Carbonnier : Droit civil, t .4, no 11.

(11) Savatier : Les contrats de conseil en droit privé, D. 1972, Chron. 137, no 10.

(12) M.F. Mialon : Etude juridique d'un contrat de conseil, Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 3, et s.

(13) Locus de Leyssac : L'obligation de renseignements, op. cit., 1978, no 2.

(14) Civ. 21 Janv. 1971, J. C. P. 1971. 11. 16729.

(15) Ghestin : Le contrat, no 458 - Mazeaud et Tunc : La resposabilité civil, t.1, 6 éd, no 704 et s.- Le Tourneau : La responsabilité civile, no 889 p. 347.

(16) Ghestin (J.) : La réticence, le dol et I'erreur, sur les qualités substantielles, D. 1971, Chronique, p. 247

(17) Jourdain : Le devoir de se renseigner, D.1983. Chron. xxv, no 1, p.140.

(18) Bernard Rudden : Le juste et l' inefficace pour un non-devoir de renseignements, Rev. trim. dr. civ., 1985, p. 91, no 12 - Jourdain (P.) : Le devoir de se renseigner : D. 1983, Chron. xxv p. 139 - B. Gross : La notion d'obligation de garantie dans les contrats, L. G. D. j., p.195 et s.

(19) Boyer (Y.) : L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, thése, Aix, 1977, no 204 et s.-Jourdain : Le devoir de se renseigner, D. I983, Chron., xxv, p.139 et s.

(20) Ghestin : La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D. 1971, chronique, p. 247.

(21) Flour et Aubert : L'acte juridique, no 196, p.138 .

(22) Malinvaud : De l'erreur sur la substance, D.1972, Chronique 215, no 8 et s.

(23) Weill et Terré : op. cit., no 173 - Marty et Raynaud : Droit civil, t.2, v.l. no 129 - Mazeaud : Leçons de droit civil, t.2, no 166 et 174 .

(24) Carbonnier : Droit civil, t.4, no 23.

(25) Ghestin : Droit civil, Contrat, no 401 et s.

(26) Ghestin : La notion d'erreur dans le droit positif actuel, 2 éd, 1971, no 176 et s., p. 209 et s.

(27) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 279 et s.

(28) Paris 8 juill. 1966, Gaz. Pal. 1967. 1. 33.

(29) Civ. 3, fevr. 1981, Rev. trim. dr. civ., 1981, 860 - Comp. Com 8 mai 1978, J. C. P. 1982.11. 19758, note Ghestin.

(30) Mazeaud : Leçons de droit civil, t. 2, 6éd par Chabas, no 173- Weill et Terré : Les obligations, no 179.

(٣١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري : الوسيط ، جـ ١ في مصادر الالتزام ، فقرة ١٧٩.

(32) Ghestin : Droil civil, le contrat, no 432.

(33) Ghestin : La reticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D. 1971, chron. p. 247.

(34) Boyer : L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, thése, Aix 1977, no 290 .

(35) Ghestin : Droit civil, le contrat , no 435.

(36) Locus de Leyssac : L'obligation de renseignements dans les contrats , "L'information en droit privé", sous la direction de Loussaurn et Lagarde, 1978, p. 305 et s.

(37) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 477 .

(38) De juglar : L'obligation de renseignments dans les contrats, Rev. trim. dr. civ., 1945, p. 1 et s., no 20.

(٣٩) انظر المادة ٤٤٧/٢من القانون المدنى المصرى .

(40) Malaurie (Ph.) : Enscly. Dalloz : V.Vente, Obligations du vendeur, 1976, no 477, 478 .

(41) Malaurie : op. cit., no 479 .

(42) Com. 11et15 avr. 1975 , Bull. civ., IV, no 96 et 106.

(43) Le Tourneau (Ph.) La responsabilité civile, 2 éd. 1976, no 1366.

(44) Overstake : La responsabilité du fabricant de produits dangereux, Rev. trim. dr. civ. 1972, p.485, no 14 et s.

(٤٥) انظر على سبيل المثال المادة ٤٣٩ من القانون المدنى المصرى .

(٤٦) انظر على سبيل المثال المادة ٤٤٥/٣ من القانون المدنى المصرى .



(٤٧) انظر على سبيل المثال المادة ٤٦٨ من القانون المدنى المصرى .

(48) Schmidt : La sanction de la faute précontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1974. p. 46 et s., no 26 et s.

(49) Starck : Droit civil, Obligations, no 281.

(50) Com. 21 mars 1972, J.C. P. 3.11. 17543 - Civ. 3e 16 oct. 1973, D. 1974.1. 35- Comp. civ. lere, 19 janv. 1977. D. 1977. 593.

(51) Civ. 3e, 16 avril 1973, Bull. civ., III, no 287.

(52) Paris 27 mai 1980, D. 1981, 314 note Le Tourneau.

(53) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 214.

(54) Starck : Droit civil, obligation, no 1700.

(55) Starck : op. cit., no 1701.

(56) Schmidt : op. cit., no 207 et s.

(57) Starck : Droit civil, Obligations, no 281.

(58) Schmidt : op. cit., no 213 et s. - Ghestin : Droit civil, le contrat, no 228. - J. M. Mousseron : La durée dans la formation des contrats. Mélanges à Jauffert, p. 510-511.

(59) Starck : Droit civil, Obligations, no 1700, 1701.

(60) Civ. 3 oct. 1972, Bull. civ., III, no 491, p. 359 - Civ. 12 avr. 1976 Bull. civ. I, no 122, p.98.

(٦١) وقد نصت المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصرى على أن كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى اؤتمن عليه فأفشاه فى غير الأحوال التى يلزمه القانون بتبليغ ذلك ، يعاقب بالحبس .... ولا تسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانونا بإفشاء أمور معينة .

(٦٢) نصت المادة ١/٦٦ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فى مصر على أنه " لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة " .

ونصت المادة ٦٧ من القانون ذاته على أنه "لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه فى أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر" .

(63) Le Tourneau (P.h.) La responsabilité civile, no 1342.

(64) Starck: Droit civil, Obligations, no 1389.

(65) Mousseron : Problèmes juridiques du know-how, 1972, p. 1.

(66) Gulphe : Le secret professionnel du banquier, Rev. trim. dr. com., 1948, no 5, p. 26.

(67) Gavalda : Le secret des affaires. Mélanges offertes à Savatier (R.), 1965, p. 291.

(68) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 818 et s.

(69) Jean-Louis, Rives-Lange : Enscl. Dalloz, V. Banques et etablissement financiers, 1972, no 394.

(70) Gavalda : Le secret des affaires. Mélanges Savatier, 1965, p. 29, et s.

(71) Mazeaud et Tunc : Responsabilité civile , t. 1, no 34.

(72) Gavalda : op. cit., p. 295 et s.

(73) Jean-Louis, Rives-Lange : Enscl. Dalloz, V. Banques et etablissements financieres, 1972, no 394.

(74) Gulphe : Le secret professionnel du banquier, Rev. trim. dr. com. 1948, no 5 et s.

الفصل الثالث

العقود التمهيدية فى مرحلة المفاوضات

العقود التى تمهد لإبرام العقد النهائى :

٦٠

عادة ما يعنى الطرفان ، بصدد العقود المهمة ، بالدخول فى عقود تمهيدية تهدف إلى تنظيم أو تسهيل عملية إبرام العقد النهائى .

ومن هذه العقود ما يكون موضوعه تنظيم عملية المفاوضات فى ذاتها ضمانا لحقوق كل من الطرفين . ومنها ما يكون موضوعه ضمان توقيع العقد النهائى فى ذاته بالاتفاق سلفا على المسائل الجوهرية ، مع الوعد منذ الآن بالدخول فى هذا العقد . وسوف يتم تناول ذلك من خلال مبحثين :

المبحث الأول : العقود التمهيدية المتعلقة بمفاوضات العقد النهائى .

المبحث الثانى : العقود التمهيدية المتعلقة بإبرام العقد النهائى .

المبحث الأول

العقود التمهيدية

المتعلقة بمفاوضات العقد النهائى

عقود المفاوضات

٦١ تتنوع العقود المتعلقة بمفاوضات العقد النهائى فى موضوعها ، برغم أنها تهدف فى مجموعها إلى تسهيل هذه المفاوضات .

فقد يكون موضوع هذه العقود الالتزام بالتفاوض ، وقد يكون موضوع العقد هو وضع إطار للعقود المستقبلة بين الطرفين ، وقد يكون موضوع العقد حسم بعض المسائل التى سيتضمنها العقد النهائى ، وأخيرا قد يكون موضوع العقد توجيه مسلك الطرفين فى أثناء المفاوضات .

أولاً ـ عقود الالتزام بالتفاوض :



٦٢ عقد الالتزام بالتفاوض ، وهو ما يطلق عليه اسم الاتفاق على المبدأ أو عقد المفاوضات ، هو اتفاق يتعهد بموجبه أحد الطرفين تجاه الآخر بأن يدخل فى مفاوضات ، ويستمر فيها ، بشأن عقد معين بغرض الوصول إلى إبرام هذا العقد [١] .

ومن التطبيقات العملية لعقود الالتزام بالتفاوض الاتفاق على تكملة ما نقص من عناصر العقد فى وقت لاحق ، مثل الاتفاق على أن « يحدد الطرفان الثمن فى وقت لاحق » ، فيفسر ذلك بأنه اتفاق على التفاوض حول الثمن فى وقت لاحق [٢] .

ومن ذلك أيضا الاتفاق فى العقد على المسائل الجوهرية كافة ، مع الإشارة إلى اعتبار مسألة من المسائل الثانوية أصلاً ، بمثابة مسألة يجب الاتفاق عليها ، فيفسر ذلك بالاتفاق على الالتزام بالتفاوض حول هذه المسألة [٣] .

وقد يتخذ الاتفاق على الالتزام بالتفاوض صورة شرط من شروط العقود الزمنية ، يطبق بمناسبة انتهاء مدة العقد . فيتفق مثلا على أن العقد يتجدد لمدة أخرى مماثلة لمدته الحالية ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر ، قبل انتهاء العقد بثلاثة أشهر على الأقل ، برغبته فى عدم تجديد العقد . فإذا ما تجدد العقد التزم الطرفان بالتفاوض حول شروط العقد ، وذلك قبل نهايته بشهر واحد على الأقل .

وقد يتفق على الالتزام بالتفاوض فى حالة الخلل فى التوازن الاقتصادى لعقد قائم ، فيتفق على أنه « فى حالة حدوث تغييرات مهمة فى الأسواق بصدد مستوى الأسعار أو قدر المنتجات أو الرسوم الجمركية أو البنود الحكومية أو غيرها ، يجب على الطرفين أن يجريا فيما بينهما مفاوضات حول تعديل شروط العقد الحالى ، بما يعيد إليه التوازن الذى يقوم عليه ، من حيث حقوق والتزامات الطرفين » [٤].

كما يرد شرط الالتزام بالتفاوض بصدد حالة القوة القاهرة ، حيث يتفق على أنه فى حالة القوة القاهرة يتوقف العقد ، فإذا استمر هذا التوقف لمدة ستة أشهر من وقت تحقق الحادث أو الحوادث التى أدت إلى استحالة تنفيذه ، وجب على الطرفين الاجتماع للتفاوض بشأن كيفية تحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين السابقة على قيام حالة القوة القاهرة .

ويرد شرط الالتزام بالتفاوض أيضا فى حالة اختلاف وجهات نظر الطرفين المتعاقدين حول تفسير نص من نصوص العقد ، أو فى حالة نشوب خلاف ما بشأن تنفيذ العقد ؛ إذ يجب على الطرفين - حسب نص صريح فيه - اللجوء إلى المفاوضات قبل إحالة النزاع إلى التحكيم .

أما عن مضمون الالتزام فى هذا النوع من العقود ، فهو ينطوى على التزام ذى شقين : الشق الأول الدخول فى المفاوضات ، وهذا التزام بتحقيق غاية ، بحيث يعد المتعاقد مخطئا إذا هو امتنع عن الدخول فى المفاوضات ، دون حاجة إلى إثبات إهماله أو سوء نيته . أما الشق الثانى فهو الاستمرار فى المفاوضات وهذا التزام ببذل عناية ، بمعنى أن يسلك المفاوض فى أثناء المفاوضات مسلك الرجل المعتاد والعاقل ، فلا يعرقل سير المفاوضات أو ينسحب منها تعسفا أو لسبب غير مألوف [٥] .

وقد يقع الالتزام بالدخول فى المفاوضات على عاتق أحد الطرفين لصالح الطرف

الآخر ، فيقع على الملتزم واجب الاتصال بالطرف الآخر والحضور فى الموعد والمكان المحددين لبدء المفاوضات . أما الشق الثانى من الالتزام الخاص بالاستمرار فى المفاوضات فيقع على عاتق الطرفين معا . وأما عن جزاء الإخلال بالاتفاق على الالتزام بالتفاوض ، فإنه يتحدد وفقا لأحكام المسئولية العقدية ، ما دمنا بصدد اتفاق تم الإخلال به .

ففيما يتعلق بالالتزام بالدخول فى المفاوضات يكفى إثبات عدم حضور المتعاقد فى الزمان أو المكان المحدد لبدء المفاوضات ، أو عدم اتصاله بالطرف الآخر لتحديد هذا الموعد . ويكفى إثبات ذلك دون حاجة إلى إثبات التقصير أو العمد ، ودون أن يسمح للمخالف بأن ينفى عن نفسه الخطأ بإثبات عدم الإهمال ، وهذا هو شأن الالتزام بتحقيق غاية بوجه عام .

وفيما يتعلق بالالتزام بالاستمرار فى التفاوض فلا يعنى الاستمرار المادى ، ولكن السلوك العادى فى أثناء المفاوضات بعدم اتخاذ موقف سلبى محض ، أو إثارة عقبات تحول دون تقدم المفاوضات ، أو تقديم مقترحات شاذة غير مقبولة وهكذا .

فإذا ما تأكد للقاضى وجود إخلال بالالتزام بالتفاوض ، وجب عليه الحكم بالتعويض ، وذلك بسبب استحالة التنفيذ العينى الجبرى فى هذه الحالة .

ويتحدد التعويض على أساس الضرر المباشر الناتج عن عدم إتاحة الفرصة لنجاح المفاوضات ، وليس عن عدم إبرام العقد ، لأن الاتفاق على التفاوض لا يتضمن التزاما بإبرام العقد [١] .

ثانيا ـ عقد الإطار العام :

٦٣

قد يكون هناك تعامل مستمر بين الشركة أو المنشأة وواحد من العملاء ، كما لو كان العميل يطلب بصفة دورية بعضا من منتجات الشركة . وفى الوضع العادى يجب على العميل أن يبرم عقدا مع الشركة عن كل صفقة على حدتها ، وعادة ما تكون شروط كثيرة من هذه العقود متكررة ، بحيث يقتصر الاختلاف بين عقد وآخر على الكمية والأسعار مثلا . أما الشروط المتعلقة بطريقة التسليم والضمانات وطريقة دفع الثمن وكيفية الوزن والمحاسبة والمسئولية العقدية وغيرها ، فهى موحدة بين العقود جميعها .

وقد لا ترغب الشركة فى وضع نموذج موحد للعقود لتفرضه على كل العملاء ، إما لأسباب تجارية حتى لا يشعر العميل بأنه قليل الأهمية أو شأنه شأن أى عميل آخر ، وإما لأن عميلاً كبيرا على وجه الخصوص يطلب شروطا عامة مختلفة ؛ أى يطلب أو يقدم ضمانات معينة ، أو يكون له وضع خاص فى طريقة الوفاء بالثمن أو فى كيفية التعامل عند رفض بعض الأصناف المخالفة للمواصفات وهكذا .

وفى مثل هذا الفرض تلجأ الشركات الكبرى إلى إبرام عقد تمهيدى مع العميل يسمى عقد الإطار العام [٧] ، يتفق فيه على كافة الشروط الموحدة فى جميع العقود المستقبلة ، التى سيدخل فيها الطرفان مستقبلا بمناسبة كل صفقة على حدة ، والتى ستقتصر عندئذ على البيانات الفردية المتعلقة بالصفقة ذاتها [٨] .

ويتميز عقد الإطار العام عن العقود التنفيذية اللاحقة ، فهو عقد واحد ، تتبعه عقود تنفيذية مستقلة ، يتطلب إبرامها تراضيا جديدا بين الطرفين فى كل مرة [٩] . وبالتالى قال القضاء إن عقد الإطار العام ما هو إلا تمهيد لبيوع أو خدمات مستقبلة لم تتحدد بعد كمياتها أو أسعارها أو إمكانيات توريدها [١٠] .

وبرغم الاستقلال من حيث التكوين بين عقد الإطار العام والعقود التنفيذية اللاحقة ، فإن كل ذلك يشكل مجموعة عقدية يربطها هدف اقتصادى واحد . وهذا ما دعا البعض إلى اعتبار عقد الإطار العام بمثابة وعد بالتعاقد ، يتم تنفيذه من خلال العقود التنفيذية اللاحقة [١١] . ولكن الصحيح أن مثل هذه العقود لا تعد نوعا من الوعد بالتعاقد ، وإلا لقامت العقود التنفيذية اللاحقة بمطلق إرادة الموعود ، فى حين أن قيامها يتطلب موافقة الطرفين ، فضلاً عن أن عقود الإطار العام لا تتضمن اتفاقا على جميع المسائل الجوهرية فى العقود التنفيذية ، حيث يستبقى عادة تحديد الثمن والكمية كمحل لاتفاق لاحق [١٢] .

على أن المشكلة القانونية المهمة التى تواجه عقود الإطار العام ، هى معرفة ما إذا كانت هذه العقود نوعا من عقود التوريد أو عقود البيع أو تقديم الخدمات ، أو هى مجرد عقود تضع إطارا ملزما للتفاوض عند إبرام العقود التنفيذية .

وقد عرضت مثل هذه العقود على محكمة النقض الفرنسية ، فقالت فى البداية [١٣] إن هذه العقود ليست عقود بيع بمعنى الكلمة ، ولكن هذا لا يمنع من أنها تنفذ فيما

بعد عن طريق سلسلة من العقود التنفيذية ، مما يتطلب تحديد الثمن أو الاتفاق على أسس تحديده فى عقد الإطار العام وإلا كان باطلا ، ثم عدلت المحكمة من أساس هذا الحل ـ وهو البطلان ـ فقالت إن القاعدة العامة فى محل العقد أن يكون معينا أو قابلاً للتعيين ، ومن ثم يبطل أى عقد لم يحدد الثمن والكميات ، ولم يجعلها قابلة للتعيين ، سواء كان بيعا مباشرا أو بيعا تنفيذيا لعقد من عقود الإطار العام (١٤) .

وقد أثارت هذه الأحكام ببطلان عقود الإطار العام الخالية من تحديد الثمن جدلاً كبيرا فى الفقه الفرنسى ، حيث قبلها البعض على أساس أنها تؤكد حماية القانون للمتعاقد من أن يخضع لتحكم المنتج فى تحديد الأسعار (١٥) ، بينما يرى جانب آخر أن هذه العقود ليست بيعا حقيقيا حتى تخضع لهذا القيد (١٦) ، بل هى فى حقيقة الأمر نوع من عقود تنظيم المفاوضات (١٧) ، أو على الأقل هى نوع من العقود موضوعها ليس البيع أو التوريد ، ولكن تسهيل مهمة الطرفين فى إبرام العقود المستقبلة أو الإعداد لها (١٨) .

وواقع الأمر أن عقود الإطار العام ، إذا هى خلت من تحديد الثمن أو بيان كيفية تحديده ، ومن بيان الكميات أو كيفية تحديدها ، لا تعد عقودا بالمعنى الكامل ، إذ هى لا تفرض التزاما محددا على عاتق واحد من الطرفين بأن يبيع أو يورد إلى الآخر شيئا معينا وبثمن معين . ولكن يمكن القول بأنها عقود تمهد لعقود أخرى تالية ، فهى تحسم مسبقا بعض المسائل الجوهرية والتفصيلية ، ولكنها لا تغطى كل المسائل التى تتضمنها العلاقة العقدية بين الطرفين ، فإذا ما أضيفت إليها العقود التنفيذية التالية ، اكتملت العناصر اللازمة لقيام العقد ؛ أى اكتملت الشروط العامة فى عقد الإطار العام ، مع شروط تحديد محل العقد فى العقود التنفيذية التالية ، ومن مجموع هذه العقود تتحدد العلاقة العقدية بين الطرفين (١٩).

ومن ثم فعقد الإطار العام يلزم كلا من الطرفين باتباع ما ورد فيه من شروط ، عند إبرام عقود جديدة مستقبلة ، ولكنه لا يلزم أحدهما بتوقيع هذه العقود . ومن ثم فالأصل أن تكون صحيحة برغم خلوها من تحديد الثمن والكمية ، على الرغم من الموقف المتشدد لمحكمة النقض الفرنسية .

ثالثا ـ العقد الجزئى :

٦٤

إذا كان العقد النهائى يتكون من عدة عمليات فنية أو قانونية ، فقد يجد الطرفان أنه من المناسب ، أو من الضرورى فى بعض الأحيان ، حسم كل جزء أو كل مرحلة من العلاقة بينهما بعقد مستقبل ، بغرض تسهيل الوصول إلى تغطية شاملة لهذه العلاقة بمجموعة من العقود [٢٠] . وبمعنى آخر فالعقد الجزئى هو ذلك الذى يتوصل إليه الطرفان فى أثناء المفاوضات ، وبموجبه تحسم المسائل التى تم الاتفاق عليها أولا بأول [٢١] .

وقد ينصب العقد الجزئى على عنصر من عناصر العقد ، فتتعدد العقود الجزئية فى إطار عقد واحد ، كما قد ينصب العقد الجزئى على عملية من عدد من العمليات المتعاقبة تشكل فى مجموعها هدفا عاما يسعى الطرفان إلى تحقيقه [٢٢] .

ومن أمثلة العقد الجزئى الذى ينظم عنصرا من عناصر العقد النهائى ، الاتفاق فى أثناء المفاوضات على المواصفات الفنية بعقد أو بروتكول موقع من الطرفين بصفة حاسمة ، ثم الاتفاق على الأسعار وتفاصيلها فى عقد جزئى آخر .

ومن أمثلة العقود الجزئية التى يمثل كل واحد منها عملية من العمليات المتعددة التى ينتظمها هدف واحد ، أن تبيع شركة جزءا من أراضى المصنع إلى شركة ثانية لتقيم عليه مصنعا جديدا ، وتمدها الشركة الأولى بالطاقة ، وتشترى منها إنتاجها من المادة الأولية التى تستخدمها فى التصنيع . ومن ذلك أن تبيع شركة إنتاج الصابون جزءا من أرض مصانعها إلى شركة جديدة تقيم عليها مصنعا لإنتاج الصودا الكاوية ، مع التعهد بتوريدها إلى الشركة البائعة ، فيتم تغطية هذه العملية متعددة الجوانب بعقود جزئية منفصلة واحد منها عقد بيع للأرض ، والثانى عقد توريد الطاقة ، والثالث عقد توريد المنتجات المستقبلة وهكذا .

ومن العقود الجزئية أيضا عقد ائتمان مالى تمهيدا لعقد توريد المصانع ، وعقد كفالة أو ضمان مع عقد تسهيلات ائتمانية مع عقد فتح حساب من خلال هدف عام هو مساهمة المصرف فى صفقة تجارية ، وعقد توريد الماكينات يلحقه عقد تركيب وعقد تدريب ثم عقد قرض لتمويل المشروع ، ثم عقد توريد الخبرة الفنية ، وأخيرا عقد إدارة المصنع وهكذا .

ولا يلزم أن تتخذ العقود الجزئية النمط التقليدى للعقود ، بل يمكن أحيانا استخلاصها من محاضر الاجتماعات التى تمت فى أثناء المفاوضات ، أو من الرسائل المتبادلة ، أو من البروتوكول الذى يوقعه الطرفان بصدد كل مسألة .

على أن الذى يميز العقود الجزئية عن خطوات المفاوضات التى لا تعد عقودا فى ذاتها ، هو أنه فى الحالة الأولى يتفق الطرفان صراحة على أنهما قد حسما بينهما مسألة ما بطريقة حاسمة . فإذا لم تنصرف إرادة الطرفين إلى حسم مسألة جزئية بصفة مستقلة ، بل ظهر من المفاوضات أنهما يتفقان فى الرأى على مسألة تلو الأخرى ، دون قصد الاتفاق إلا فى إطار العقد النهائى ، فلا نكون هنا بصدد عقود جزئية لها آثارها المنفصلة [٢٣].

أما عن آثار العقد الجزئى ، فإنها تختلف حسب الفروض التالية :

١ - حالة الاتفاق على ربط مصير العقد الجزئى بالعقد النهائى :

إذا اتفق الطرفان فى العقد الجزئى على عدم الالتزام إلا بتوقيع العقد النهائى ، فإن ذلك يجرد العقد الجزئى من فاعليته المستقلة ، فلا يكون له من أثر إذا لم يوقع العقد النهائى .

فإذا ما تم توقيع هذا العقد الأخير ، فإن العقود الجزئية السابقة ترتب أثرها من حيث اعتبار ما تم الاتفاق عليه جزءا من العقد النهائى لا يجوز لأحد من الطرفين أن يتحلل منه بإرادته المنفردة [٢٤] .

ويصدق هذا الحكم ، سواء كان العقد الجزئى يصلح بذاته لأن يكون عقدا نهائيا أو لا يصلح لذلك .

فإذا كان العقد الجزئى ليس له قوام العقد المستقل ، مثل الاتفاق على المواصفات الفنية ، مع إبقاء الاتفاق على الثمن لاتفاق لاحق ، سواء اتفق الطرفان على تجريده من الالتزام أو لم يتفقا ، فهو لا يلزم طرفيه لعدم تحديد محل الالتزام [٢٥] .

وإذا كان العقد الجزئى له قوام العقد المستقل ، مثل الاتفاق على المواصفات والأسعار ، مع التحفظ بالالتزام بالعقد النهائى وحده الذى سيشمل مسائل أخرى تفصيلية ، فهذا التحفظ يجرد العقد الجزئى من أثره ، لأن القاعدة أن المسائل الثانوية لاتمنع من قيام العقد إلا إذا اعتبرها الطرفان جوهرية من واقع تعليق قيام العقد على الاتفاق عليها .

٢- حالة عدم الاتفاق على ربط مصير العقد الجزئى بالعقد النهائى :

فى هذا الفرض قد يتوصل الطرفان فى أثناء المفاوضات إلى حسم بعض عناصر العقد النهائى باتفاق أو بروتوكول أو بمحضر مستقل ، أو يتفقان على إبرام عقد من بين العقود المتعددة التى تتكون منها العلاقة الشاملة بينهما ، ولكنهما يغفلان عن التحفظ فى أى من الحالتين بأن العقد الذى توصلا إليه لا يعد ملزما إلا عند توقيع العقد النهائى .

وفى هذه الأحوال تجب التفرقة بين ما إذا كان العقد الجزئى ينصب على عنصر من عناصر العقد النهائى ، أو هو واحد من عدة عقود مترابطة تتكون منها العلاقة العقدية بين الطرفين .

فإذا حسم العقد الجزئى العناصر الجوهرية جميعها بين الطرفين ، ولم يتحفظا بتوقيع العقد النهائى ، فإن ذلك يعد اتفاقا باتا بينهما . ولكن القضاء يتلمس أى مؤشر يستخلص منه أن العقد الجزئى لم يحسم أوجه العلاقة بين الطرفين ، مثل وضع عنوان للعقد بأنه عقد تمهيدى أو جزئى أو العقد رقم واحد أو وصفه بأنه مشروع عقد ، ففى هذه الأحوال يعد ذلك بيانا من الطرفين بأنهما يعلقان أهمية خاصة على مسائل أخرى - ولو كانت فرعية وثانوية - سيحسمها العقد النهائى [٢٦] .

أما إذا لم يحسم العقد الجزئى إلا عنصرا من بعض العناصر الجوهرية للعقد النهائى ، دون باقى العناصر ، فهو لا يصلح لأن يكون عقدا بذاته ، ويتجرد من أى أثر إذا لم يتم توقيع العقد النهائى [٢٧] .

وإذا كان العقد الجزئى واحدا من عدة عقود مترابطة تتكون منها العلاقة العقدية بين الطرفين ، وأغفلا التحفظ فى واحد منها مثلا بأنه لا يكون ملزما لهما إلا بالتوقيع على سلسلة العقود المتعاقبة بما فيها العقد النهائى ، فإن الأمر يختلف . ذلك أن الطرفين لا يدخلان فى أى من هذه العقود الجزئية إلا فى إطار الهدف العام ، بحيث لو لم يتحقق هذا الهدف ما دخل أيهما فى العقد الجزئى [٢٨] .

ومن ذلك شراء جزء من أرض الشركة لإقامة مصنع جديد يمدها بالمادة الأولية ، فإذا تم توقيع عقد البيع أولا ثم لم يوقع عقد الإمداد بالطاقة أو عقد بيع المادة الأولية وغير ذلك ، فمن المنطقى القول بعدم نفاذ العقد الأول لذاته منفصلا عن الهدف العام الذى يسعى إليه الطرفان .

وإذا وقعت الشركة عقدا تلتزم فيه بتدريب طاقم من مهندسى الطرف الثانى تمهيدا لتوقيع عقد توريد الماكينات ، فيفهم من ذلك أن هذا العقد التمهيدى لا ينفذ إلا إذا نفذ العقد النهائى وهو عقد التوريد .

وفى هذا الصدد يمكن الاستناد إلى قاعدة أن الالتزام يمكن أن يكون معلقا على شرط واقف ، فلا يقوم الالتزام إلا إذا تحقق هذا الشرط . ففى مثل هذا العقد الجزئى ، يمكن القول بأن الطرفين يعلقان قيام الالتزام ، على شرط واقف هو إتمام العقد النهائى أو الهدف العام الذى من أجله تم توقيع العقد الجزئى [٢٩] .

رابعا ـ عقد تنظيم المفاوضات :

٦٥

قد تكون المفاوضات التى تمهد لعقد معين ، من الأهمية والتشعب بحيث تثير العديد من الاحتمالات ، ومن ثم يسعى الطرفان إلى إبرام عقد مؤقت يهدف إلى تفادى أى مشكلة تثور بمناسبة المفاوضات . ومن ذلك عقود توريد الخبرة الفنية أو المعلومات ، حيث يجد المورد أنه سيضطر فى أثناء المفاوضات إلى الكشف عن بعض المعلومات ، والإجابة عن بعض الاستفسارات ، ويخشى عند فشل المفاوضات أن يستغل الطرف الآخر ما حصل عليه من معلومات أو أن يعطيها إلى الغير . ومن ذلك أيضا أن تحرص الشركة على الحصول على تعهد من شركة أخرى بألا تتفاوض مع الغير فى أثناء سير المفاوضات حتى لا تفيد من التعدد على حساب الشركتين معا .

ومن ذلك أيضا أن المفاوضات المتعلقة بتوريد المصانع أو بإجراء تعديلات فى مصانع قائمة تتطلب معرفة من الذى يتحمل نفقات التفاوض ونفقات السفر والخبراء والدراسات ، وكيفية كتابة محاضر بما يدور فى الاجتماعات والمدلول القانونى لها ، ومستوى المفاوضين ومدى سرية المعلومات التى تتبادل فى أثناء التفاوض . فيوقع الطرفان بينهما عقدا ينظم كل هذا المسائل منعا للخلاف فيما بعد .

حقا إن واجب الأمانة واحترام ثقة الطرف الآخر كليهما التزامان يقعان على عاتق المفاوض دون حاجة إلى نص أو اتفاق خاص ، ولكن الاتفاق فى هذا الصدد يبين الواجبات التى يضع لها الطرفان أو أحدهما أهمية خاصة والأمور التى تتصف بالسرية [٣٠] .

ولما كان موضوع العقد هو تنظيم مرحلة المفاوضات ، فإنه ينتهى من حيث المدة بانتهاء المفاوضات ، سواء بالنجاح أو بالفشل .

ولكن انتهاء مدة العقد لا تعنى انتهاء التزامات الطرفين ، فالالتزام بعدم استعمال المعلومات الفنية التى حصل عليها المفاوض بمناسبة المفاوضات ، أو بعدم الإدلاء بها للغير ، هو التزام مستمر ولو انتهت مدة العقد بانتهاء المفاوضات .

وهناك من الالتزامات التى يتضمنها هذا العقد المؤقت ، ما ينتهى بإبرام العقد النهائى ، ومن ذلك المنع من استعمال المعلومات أو الطرق الفنية التى أدلى بها المتعاقد الآخر ، ما دامت قد آلت إلى الملتزم بموجب العقد .

أما إذا لم يكن هناك تطابق بين المسائل محل الحظر فى العقد المؤقت وتلك التى توصل الطرفان إلى الاتفاق عليها فى العقد النهائى ، فإن المتعاقد يظل ملتزما باحترام العقد المؤقت حتى بعد إبرام العقد الذى عقدت المفاوضات تمهيدا له .

ويعتبر الإخلال بالالتزامات التى فرضها عقد تنظيم المفاوضات خطأ عقديا ، يؤدى إلى قيام المسئولية العقدية ، ويحكم القاضى بالتنفيذ العينى أو بالتعويض وفقا لأحكام العقد المؤقت ، وليس وفقا لأحكام العقد النهائى [٣١] .

المبحث الثانى
العقود التمهيدية
المتعلقة بإبرام العقد النهائى

الوعد بالتعاقد من جانب واحد والوعد المتبادل :

٦٦

الأصل أن الدخول فى المفاوضات لا يلزم أيا من الطرفين بإبرام العقد ، ولكن أحد الطرفين يجد أنه قد ينفق كثيرا من الجهد والمال فى سبيل إعداد الدراسات والتصميمات ثم يفشل فى إقناع الطرف الآخر بالتعاقد ، أو هو يبرم إيجارا لأرض يقيم عليها مصنعا ويخشى أن يحجم مالك الأرض عن بيعها له إذا مارغب فى ذلك بعدما تستقر أمور المصنع . فى هاتين الحالتين وغيرهما يلجأ أحد الطرفين إلى الحصول على وعد بالتعاقد من الطرف الآخر ، أى وعد بإبرام العقد المرغوب فيه إذا ما أبدى الموعود رغبته فى التعاقد خلال مدة محددة .

والوعد بالتعاقد عقد حقيقى يقوم على توافق إرادتين ، ولكنه عقد تمهيدى ؛ أى يمهد لإبرام عقد آخر هو العقد النهائى [٣٢] .

والوعد بالتعاقد ليس مقصورا على نوع معين من العقود ، بل هو جائز ومتصور فى عدد من أنواع العقود ، وإن كانت أهميته العملية تظهر بوجه خاص فى عقود البيع والتوريد للمصانع وشراء منتجاتها وهكذا .

وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد هو الواعد ، بينما لا يلتزم الموعود بإبرام العقد النهائى ، بل يكون له أن يبدى رغبته فى ذلك خلال مدة معينة ، فإن فعل ذلك التزم الواعد بإبرام العقد النهائى .

وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزما للجانبين ، فيكون كل من طرفى عقد الوعد ملتزما فى الوقت ذاته بإبرام العقد النهائى فى خلال مدة معينة . والذى يفرق بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد ، والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين ، هو أن العقد النهائى لا يتوقف قيامه فى النوع الثانى على إبداء الموعود رغبته فى ذلك ، بل هو

يقوم بحلول الموعد المتفق عليه [٣٣] . مثال ذلك أن ترغب شركة ما فى إجراء توسعات لمصانعها ، ولكن كلا من الطرفين يرغب فى إجراء دراسات وفحوص أولية للتأكد من ملاءمة التوسعات والتعديلات ، أو يرغبان فى الحصول على موافقة الجهات المختصة ، فيتفقان بعقد الوعد الملزم للجانبين على إبرام العقد النهائى فى مدة معينة ، فلا يتوقف الالتزام بإبرام هذا العقد على إبداء الرغبة من أيهما أو من كليهما ، بل على حلول الميعاد المتفق عليه .

والوعد بالتعاقد سواء كان ملزما لجانب واحد أو كان ملزما للجانبين ، يختلف عن العقد البات الذى يتفق الطرفان على تأجيل آثاره .

فموضوع التزام الواعد فى الوعد بالتعاقد هو إبرام العقد النهائى إن أبدى الطرف الآخر رغبته فى ذلك خلال مدة معينة ، أو التزام الطرفين بإبرام ذلك العقد بحلول الأجل المتفق عليه إن كان الوعد ملزما للجانبين . فالطرفان هنا يؤجلان قيام العقد النهائى فى ذاته . أما العقد البات المؤجل فى آثاره فهو عقد يقوم بمجرد تراضى الطرفين ، ولكن التزامات أحد الطرفين أو كليهما تؤجل إلى موعد لاحق .

ويشترط لقيام الوعد بالتعاقد سواء كان ملزما لجانب واحد أو للجانبين ، أن يكون هناك تراض أو اتفاق بين الطرفين ، وذلك بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين . فلا يكفى مجرد تبادل النوايا ، أو أن تقطع المفاوضات عدة مراحل ناجحة ، بل يجب الاتفاق بوضوح على الوعد بالتعاقد .

ويجب ثانيا لقيام الوعد بالتعاقد أن يتفق الطرفان على كافة المسائل الجوهرية للعقد الموعود به ، أما المسائل التفصيلية غير الجوهرية فإن عدم الاتفاق عليها لايمنع من قيام الوعد بالتعاقد [٣٤] . ففى عقد البيع مثلا يجب الاتفاق على الشىء المبيع والثمن ، أما إغفال الاتفاق على مكان التسليم أو مكان الوفاء بالثمن فلا يمنع من قيام الوعد .

ويجب ثالثا لقيام الوعد بالتعاقد تعيين المدة التى يجب إبرامه فيها . فإذا كان الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد وجب تعيين المدة التى يجب على الموعود أن يبدى خلالها رغبته فى إبرام العقد الموعود به . وإذا كان الوعد ملزما للجانبين وجب تعيين المدة التى يجب على الطرفين إبرام العقد خلالها .

ويجب أخيرا لقيام الوعد بالتعاقد استيفاء الشكل الذى يشترطه القانون لقيام العقد الموعود به أو العقد النهائى . فإذا اشترط القانون أن يكون العقد النهائى مكتوبا أو مصدقا عليه أو رسميا ، وجب اتباع الشكل ذاته فى الوعد بهذا العقد منعا من التحايل على الشكل .

أما عن آثار الوعد بالتعاقد ، سواء كان ملزما للجانبين أو لجانب واحد ، فتجب التفرقة فى هذا المجال بين مرحلتين : المرحلة الأولى ، وتكون قبل إظهار الموعود رغبته فى التعاقد فى العقد الملزم لجانب واحد ، أو قبل حلول الموعد المتفق عليه فى الوعد الملزم للجانبين . والمرحلة الثانية تكون بعد إظهار الموعود رغبته ، أو بعد حلول الميعاد المتفق عليه .

ففى المرحلة الأولى ، أى قبل ظهور الرغبة أو قبل حلول الميعاد لا يكون الواعد ملتزما بأى من التزامات العقد النهائى ، بل هو يلتزم وحسب بإبرام هذا العقد فيما بعد . ولكن ذلك لا يعنى أن الوعد بالتعاقد لا يرتب أى أثر ، إذ يلتزم الواعد علاوة على ما سبق ، بإزالة كل عقبة قد تعترض قيام العقد الموعود به ، مثل الحصول على التراخيص الإدارية وتسهيل إجراء البحوث والمعاينة والدراسات وغيرها . كذلك يلتزم الواعد بالامتناع عن أى عمل قد يحول دون قيام ذلك العقد النهائى ، مثل التصرف فى الشىء الموعود به ، أو إبرام العقد ذاته مع شخص آخر [٣٥] .

على أنه فى الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين ، يكون الموعود واعدا فى الوقت ذاته، فيلتزم بدوره بإبرام العقد النهائى وبالامتناع عن أى عمل يحول دون ذلك .

أما بعد ظهور الرغبة أو حلول الميعاد ، فتبدأ المرحلة الثانية . وهنا يلتزم الواعد بقبول رغبة الموعود فى إبرام العقد النهائى ، أو يلتزم الطرفان بإبرام العقد النهائى وفقا للعناصر الأساسية التى تم تحديدها فى الوعد .

ويذهب جانب كبير من الفقه إلى أن العقد النهائى يصبح قائما بمجرد إبداء الموعود رغبته دون حاجة إلى قبول جديد من الواعد ، إذ هو قد سبق له أن أبدى إرادته فى عقد الوعد ، وما رغبة الموعود إلا الإرادة الثانية المقابلة التى ينعقد بها العقد النهائى [٣٦] .

ويبدو أنه يجب لقيام العقد النهائى أن يصدر قبول من الواعد لهذا الإيجاب الجديد المتمثل فى إبداء الموعود رغبته فى التعاقد . كذلك الشأن فى الوعد الملزم للجانبين ، إذ يجب تلاقى إرادة المتعاقدين فى صورة عقد نهائى . فالوعد بالتعاقد سواء كان ملزما للجانبين أو لجانب واحد ينتهى ليحل محله عقد جديد هو العقد النهائى ، وهو عقد يقوم على إيجاب وقبول من الطرفين (٣٧) .

فإذا امتنع الواعد عن إبرام العقد النهائى ، أى عن قبول إيجاب الموعود الذى تقدم به خلال المدة المتفق عليها ، يكون للطرف الآخر أن يطلب التنفيذ العينى ، بأن يطلب من القضاء إصدار حكم يقوم مقام العقد .

وهذا الحل هو تطبيق للقواعد العامة التى تقضى بأنه فى الالتزام بعمل يقوم حكم القضاء مقام التنفيذ متى كانت طبيعة الالتزام تسمح بذلك . فالقاضى يحكم هنا باعتبار العقد النهائى قائما بمجرد إبداء الموعود رغبته فى التعاقد خلال الميعاد المتفق عليه ، أو بمجرد حلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائى ، وذلك فى حالة الوعد الملزم للجانبين .

الهوامش

(1) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 373.

(2) Rieg : La Punctation, contribution á l'étude de la formation successive du contrat. Méllange Jauffret, p. 593.

(3) Starck : Droit civil, Obligations, no 285.

(4) Oppetit : Les clauses de hardship, Journal de droit international, 1974, p. 794.

(5) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 379, 380.

(6) Schmidt : op. cit., no 383, 384.

(7) Contrat - Cacles.

(8) Mousseron et Seubé : A propos des contrats d'assistance et fourniture. D. 1973, chr. p. 197-Seubé : Le contrat de fourniture, thése, Montpellier, 1970.

(9) Mousseron : La durée dans la formation du contrat, Droit de la distribution, p. 515.

(10) Com. 15 oct. 1968, D. 1969. 115.

(11) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 434.

(12) Mousseron et Seubé : A propos des contrats d'assistance et fourniture, D. 173, chr. p.199.

(13) Com. 27 avril 1971 (24 arrêts), D. 1972, p. 353, J. C. P. 1972.11.16975.

(14) Com. 11 oct. 1978 J. C. P. 1979.11. 19034, D. 1979. 135, Rev. trim. dr. civ. 1979. 129, Rev. trim. dr. com. 1979.311.

(15) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 532.

(16) Mousseron et Seubé, art. precité, p.199.

(17) Schmidt : op. cit., no 450.

(18) Gore : La détérmination du prix dans les contrats dits " marchés de bière ", Gaz. pal. 1979.2.653. - Mercadal : La determination du prix dans les contrats, D. P. C. 1, 1979, p. 444 - Ferrier : Le prix dans les contrats de bière, Cah. dr. entr. 1979, no 4, p.10.

(19) De Martel : L'article 1129 du c. civ. et l'annulation des contrats de bière pour indetermination de leur prix, J. C. P. 1980.11.13316.

(20) Rieg : "La Punctation", Contribution á l'etude de la formation successive du contrat, Mélanges Jauffret, p. 593.

(21) Mousseron : la durée dans la formation des contrats, Mélanges Jauffret, p. 506.

(22) B. Teyssie : Les groupes de contrats, thése, Montpellier, 1975, no 174.

(23) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 457.

(24) Tapssie : Les groupes de contrats, no 174 et s.

(25) Fontaine : Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, D. P. C. 1, 1977, p.76 et s.

(26) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats , no 465.

(27) Fountaine : Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, 1977, no 78.

(28) Dagat : Vente d'immeubles et Protection de l'acquereur emprunteur, J. C. P. 1980.1. 2973.

(29) Rouen. 7 avril, 1970, D. 1970, 676 note Trochu.

(30) Mousseron : La durée dans la formation du contrat, p.518.

(31) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats, no 484.

(32) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 232 -Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 104.

(33) Ghestin : op. cit., no 235 et s. - Weill et Terré : op. cit., no 105.

(٣٤) انظر على سبيل المثال نص المادة ١٠١ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأن الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .

(35) Ghestin : op. cit., no 233 - Weill et Terré: op. cit., no 108.

(٣٦) دكتور عبدالرزاق السنهورى : الوسيط ، جـ ٤ فقرة ٣١ - دكتور إسماعيل غانم : مصادر الالتزام ١٩٦٨، فقرة ٧٨ . - دكتور محمود جمال الدين زكى : النظرية العامة للالتزامات ١٩٧٨، فقرة ٦٣ .

(٣٧) انظر المادة ١٠٢ من القانون المدنى المصرى التى تتحدث عن استصدار حكم بالعقد النهائى عند نكول الواعد، وإمكان العدول دليل على أن العقد النهائى لم يقم بعد لمجرد إبداء الرغبة أو حلول الميعاد.

الباب الثانى

إبرام العقود

تمهيد :

٦٧ إذا انتهت مرحلة المفاوضات بنجاح ، فذلك يعنى أن الطرفين قد توصلا إلى تصور مشترك لكل العناصر الجوهرية للعقد ، إضافة إلى ما يثير اهتمامهما من العناصر الثانوية أو التفصيلية .

على أن المفاوضات الناجحة لا تكفى وحدها لقيام العقد ، برغم هذا التصور المشترك ، إذ يجب صياغة كل المسائل التى تم الاتفاق عليها فى المفاوضات فى عقد، يتضمن أيضا التفاصيل البديهية والبيانات الضرورية لتسهيل تنفيذ العقد .

حقا إن الكتابة ليست ضرورة حتمية لقيام العقد ، ما لم يشترط القانون أو الاتفاق ذلك ، إذ قد يتم الاتفاق شفاهة ، أو يشرع أحد الطرفين فى التنفيذ استنادا إلى ما تم الاتفاق عليه خلال المفاوضات . ولكن العمل أثبت أن الكتابة أمر ضرورى لتحديد التزامات كل من الطرفين بدقة ، ولتلافى مشكلات التنفيذ .

ولا يكتفى الطرفان فى العقود المهمة بأى كتابة ، مثل البرقيات والرسائل المتبادلة وغيرها ، ولكنهما يحرصان على إدراج كل تفاصيل العلاقة بينهما فى عقد مكتوب يضمن تمام التنفيذ دون منازعات ، أو على الأقل يضع حلولا لمثل هذه المنازعات ، فينتهى الأمر إلى تنفيذ العقد ، وهذا هو مطلب الطرفين معا منذ البداية .

وكما أن مرحلة المفاوضات ذات أهمية خاصة بالنسبة للعقد ، وهى ترتب آثارا قانونية كما رأينا ، فإن المرحلة التالية وهى مرحلة إبرام العقد لا تقل عنها أهمية .

فهذه المرحلة تتضمن إعداد المشروع النهائى للعقد ، أو صياغة العقد بطريقة تناسب موضوعه وأهدافه ، ووفقا لأصول فنية متعارف عليها ، وهى تتضمن أيضا اتفاقات محددة على ضمانات التنفيذ ، يجرى إدراجها ضمن شروط العقد . وأخيرا تنتهى هذه المرحلة بالقبول الحاسم للتعاقد ؛ أى بتوقيع العقد .

فـهـذه المرحلة تتضـمن إذن خطوات ثلاثا ، هى : صـيـاغـة العـقـد ، وضـمـانات التنفيذ، وأخيرا قيام العقد بالقبول والتوقيع . وهذا ما سوف نتناوله فى فصول ثلاثة على الوجة التالى :

الفصـل الأول : صياغة العقد .

الفصل الثانى : ضمانات التنفيذ .

الفصل الثالث : انعقاد العقد .

الفصل الأول

صياغه العقد

تقسيم :

٦٨ بعد نجاح المفاوضات يقوم أحد الطرفين أو كلاهما أو شخص ثالث بإعداد المشروع النهائى للعقد. وهذه المهمة عادة ما يقوم بها المستشار القانونى باعتبار أنها تمثل التعبير القانونى أو الترجمة القانونية لما تلاقت عليه إرادة الطرفين . وقد تبدأ عملية إعداد مشروع العقد منذ بداية المفاوضات ، ويكون هذا المشروع التمهيدى هو الأساس الذى تدور حوله المفاوضات ، فيناقشه الطرفان من حيث المبدأ ثم يتناولان كل نص على حدة ، ومن خلال المناقشات وتبادل الآراء يتم إعداد المشروع النهائى للعقد .

وفى الحالتين يجب على المستشار القانونى أن يصوغ العقد بطريقة تضمن التعبير الدقيق عن إرادة الطرفين ، وتحول دون قيام أى مشكلات فى التنفيذ ناتجة عن عيوب الصياغة أو عدم دقتها أو غموضها .

وقد اهتدى المشتغلون بصياغة العقود إلى طرق متعددة للصياغة ، يتم اختيار واحدة منها بما يتلاءم مع أهداف العقد .

كما أن صياغة العقود تخضع لأصول فنية اهتدى إليها المشتغلون بهذا العمل ، من خلال التجارب الطويلة ، وفى ضوء المنازعات الشائعة التى تنتج عن عدم دقة الصياغة .

ومن ثم فإن الصياغة الصحيحة للعقد تعتمد على مسألتين ، هما : اختيار الطريقة المناسبة للصياغة ، واتباع الأصول الفنية للصياغة . وسوف نتناول ذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : طرق الصياغة .

المبحث الثانى : أصول الصياغة .

المبحث الأول

طرق الصياغة

أولاً - الصياغة الجامدة والصياغة المرنة :

٦٩ يقصد بالصياغة الجامدة التعبير عن الالتزام العقدى بطريقة قطعية ومحددة - مثل رقم أو تاريخ معين - بحيث يصبح الملتزم وقد أخل بالتزامه إذا هو لم يحقق هذا الرقم أو يحترم هذا التاريخ .

أما الصياغة المرنة فهى التعبير عن الالتزام العقدى بطريقة أكثر مرونة ، بالتقيد بصفات أو عناصر أو أسس ، بحيث يصبح الملتزم وقد أوفى بالتزامه إذا هو احترم هذه الصفات أو العناصر أو الأسس .

وللتعرف على الفرق بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة ، يمكننا أن نأخذ التزاما واحدا يمكن صياغته بكل من الطريقتين ، لنعرف ما يترتب على ذلك من اختلاف فى الآثار القانونية [1] .

فإذا كان محل الالتزام مثلاً توريد ماكينة تنتج مادة صناعية تدخل بين مكونات مادة أخرى ، فإن الشركة المستوردة لهذه الماكينة يمكنها صياغة الالتزام بالطريقة الجامدة بالقول إنه يجب أن تنتج الماكينة هذه المادة الصناعية بمواصفات رقمية محددة بطريقة قطعية ، فيقال بدرجة نقاوة ٩٩,٨ ٪ ، وبقابلية للتفاعل بدرجة ٨٩ ٪ ، وبدرجة مقاومة للشد أو الثنى بوزن كذا . بينما لو أخذنا بطريقة الصياغة المرنة يمكن القول بأنه يجب أن تنتج الماكينة هذه المادة الصناعية بحيث تكون مقبولة للتسويق فى الأغراض المحددة لها ، أو بحيث تكون مقبولة من المصانع الأخرى التى تستخدم هذه المادة ، أو بحيث تكون موافقة للأصول الفنية المتعارف عليها .

ويترتب على ذلك أنه إذا كانت درجة نقاوة المادة فى الصياغة الجامدة هى ٩٨٪ ، فإن المورد يكون قد أخل بالتزامه ، مما يمكن معه رفض الماكينة الموردة مع المطالبة

بالتعويض . بينما إذا كانت الصياغة مرنة فإن العبرة هنا هى بكون المادة قابلة للتسويق بصرف النظر عن الأرقام . وبالتالى تكون لدى المورد مرونة كافية فى تنفيذ التزامه ما دام السوق يقبل مواصفات أقل بسبب وجود طرق حديثة لمواجهة أو معالجة مثل هذا الفرق .

ومثال ذلك أيضا أن يلتزم المقاول بإخلاء موقع العمل فى خلال فترة ما بعد تمام توريد وتركيب الماكينات . ففى الصياغة الجامدة نقول إنه يجب عليه إخلاء الموقع تماما فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إتمام تركيب الماكينات . بينما فى الصياغة المرنة نقول إنه يجب على المقاول إخلاء الموقع تماما فى أسرع وقت ممكن أو فى أقرب وقت بما لا يعطل استغلال رب العمل لمصانعه . ويترتب على ذلك أنه فى الصياغة الأولى يتعرض المقاول للجزاء بمرور الخمسة عشر يوما المتفق عليها ، بينما فى الصياغة الثانية قد يتعرض أو لا يتعرض للجزاء بمدة أقل أو أكثر حسب ظروف العمل فى المصانع ، وما إذا كانت ستتأثر بعدم الإخلاء السريع للموقع [٢] .

ومثال ذلك أيضا التعبير عن الالتزام بعدد معين ، مثل التزام الشركة الموردة للمصانع بإيفاد طاقم من الفنيين لإدارة وتشغيل المصنع ، بحيث يتكون هذا الطاقم من كبير مهندسين وأربعة مهندسين وعشرة ملاحظين وعشرة فنيين ، فهذه صياغة جامدة . أما الصياغة المرنة فتقضى بالتزام الشركة الموردة للمصانع بإيفاد طاقم من الفنيين يكفى ويناسب إدارة وتشغيل المصنع المورد ، بما يحقق الهدف من هذه الإدارة . ويترتب على ذلك أن المورد يكون مقصرا فى الصياغة الأولى الجامدة ، إذا ما أوفد عددا أقل من المتفق عليه ، ولو كانت لديهم المقدرة والكفاءة لإدارة المصانع . بينما لا يكون مقصرا فى الصياغة المرنة إلا إذا ثبت عدم كفاءة الطاقم .

ويبدو مما تقدم أنه فى حالة الصياغة الجامدة للالتزام يصبح الملتزم مخلاً بالتزامه إذا لم يحقق الرقم أو الموعد أو العدد المطلوب ، بينما فى الصياغة المرنة لا يصبح الملتزم مخلاً بالتزامه إلا إذا لم يحقق الأهداف أو الأوصاف أو الحد الأدنى أو الحد الأقصى المتفق عليه ؛ ففى الحالة الأولى تكون العبرة بالرقم ، بينما فى الحالة الثانية تكون العبرة بالهدف .

وهناك فارق مهم آخر بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة يتمثل فى عبء الإثبات ؛ ففى الصياغة الجامدة يكفى أن يثبت الطرف الآخر أن الملتزم لم يحقق الرقم أو التاريخ أو العدد المتفق عليه حتى يحكم له بالتعويض . بينما فى الصياغة

المرنة يقع على عاتق الملتزم نفسه إثبات أن أداءه لالتزامه حقق المواصفات والأهداف المتفق عليها [٣].

وتكاد التفرقة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة تتطابق مع التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة أو بتحقيق غاية معينة ، وبين الالتزام ببذل عناية . ففى الحالة الأولى يصبح المقاول مثلاً مقصرا إذا لم يسلم المبنى فى التاريخ المتفق عليه ، فإذا ما أخفق التزم بالتعويض ولو أثبت أنه قد بذل قصارى جهده ، إذ يكفى إثبات أنه فشل فى تحقيق النتيجة التى تعهد بها ، بينما لا يسأل من تعهد ببذل عناية عن عدم تحقيق النتيجة ، بل يجب إثبات التقصير فى جانبه . غير أن الفارق ما بين الصياغة المرنة والالتزام ببذل عناية إنما يتمثل فى أن المعيار فى الصياغة المرنة هو تحقيق الهدف أو الأوصاف أو الأسس المتفق عليها ، بينما فى الالتزام ببذل عناية يكون المعيار هو بذل العناية التى يبذلها الرجل المعتاد ما لم يتفق على معيار أشد أو أخف [٤].

على أنه إذا كانت الصياغة الجامدة قد تبدو فى مصلحة الطرف المستفيد من الشرط ، إذ هى تحاسب الملتزم بكل دقة ، فإنها ليست دائما الطريقة المثلى للصياغة حتى بالنسبة لهذا المستفيد من الالتزام .

ففى بعض الأحوال يكون من الأوفق اتباع طريق الصياغة المرنة لصالح المستفيد من الالتزام ذاته ، وذلك عندما تكون الجودة أو الدقة أو المواصفات أو الهدف لها أهمية خاصة لدى هذا الطرف ، بصرف النظر عن الأرقام والمواعيد . فربما يكون النص على إيفاد طاقم على أعلى مستوى فنى وبما يحقق إدارة مستمرة وناجحة للمصانع دون توقف ، أفضل نفعا بالنسبة إلى رب العمل من النص على إيفاد عدد معين من المهندسين الأكْفاء . ففى الحالة الأولى ربما يتمكن الملتزم من إيفاد عدد محدود من ذوى الإمكانيات الذاتية المشهود لها ، مما يحقق الهدف من الالتزام بدرجة أكثر مما يتحقق فى الصياغة الجامدة .

ومن ثم يجب دائما فى صياغة العقود عدم التمسك سلفا بطريقة الصياغة الأكثر قسوة أو الأشد مشقة على الطرف الملتزم ، بل بالطريقة التى تحقق أهداف العقد [٥].

على أن طبيعة الالتزام قد تفرض طريقة للصياغة دون أخرى . ومن ذلك أنه فى تحديد الأثمان نلجأ إلى الصياغة الجامدة بدلاً من الاتفاق على سعر السوق أو الأثمان

السائدة . وفى مواعيد التوريد والتركيب نقول الأسبوع الثالث أو الثامن بعد التعاقد ولا نقول بأسرع وقت ممكن . ومن ذلك أيضا أنه فى المسائل ذات الظروف كثيرة التنوع يحسن اللجوء إلى الصياغة المرنة ، فنقول ما لم يقدم المقاول عذرا مقبولاً عن عدم الإخلاء ، أو يفتح الاعتماد المستندى من خلال بنك من بنوك الدرجة الأولى ، أو يتم الشحن على سفينة ملائمة ، أو من أقرب الموانى أو إلى أقربها إلى مكان التركيب ، أو يتم إيواء طاقم الطرف الأول فى ظروف معيشية ملائمة لمستواهم الوظيفى وهكذا [٦] .

ثانيا - الصياغة المسببة والصياغة العامة :

٧٠

يقصد بالصياغة المسببة تلك التى تبين أسباب كل التزام وأهدافه . أما الصياغة العامة فهى تلك التى تقتصر على بيان مضمون الالتزام أو حدوده .

ولبيان الفارق بين الصياغة المسببة والصياغة العامة نفترض أن شركة لها مصانع قائمة تريد أن تستورد محطة للقوى الكهربائية لمواجهة التوسعات فى الطاقة الإنتاجية ، فتوقع عقدا مع المورد بصياغة مسببة تقول فيها إنها تستورد محطة قوى لتركيبها فى مصانعها التى تعمل أصلاً على نظام معين من القوى الكهربائية ، وأنها تهدف من ذلك إلى مواجهة التوسعات فى الطاقة الإنتاجية ، وأنها تعمل فى منطقة معينة . بينما فى الصياغة غير المسببة أو العامة يقتصر العقد على ذكر استيراد محطة للقوى الكهربائية دون ذكر الغرض أو الظروف التى ستعمل فيها أو ظروف المنطقة .

وتبدو أهمية الصياغة المسببة فى أنها تمكن المشترى من طلب إبطال العقد فيما بعد للغلط ، إذا تبين أن الشىء المبيع لا يصلح للغرض الذى تم الشراء من أجله ، برغم أن هذا الشىء قد يكون صالحا للاستعمال بنجاح فى أغراض أخرى [٧] .

وتفصيل ذلك أنه يشترط لصحة العقد أن تكون الإرادة حرة لم تنخدع بالوهم . وبمعنى آخر يجوز للمتعاقد أن يطلب إبطال العقد إذا أثبت أنه ما تعاقد إلا تحت تأثير الوهم ، أى توهم غير الواقع ، بأن اعتقد توافر صفة جوهرية فى الشىء فتبين أنها غير موجودة ، أو بالعكس توهم خلو الشىء من صفة ما فتبين أن هذه

الصفة موجودة . فقد يتوهم المشترى أن محطة القوى المبيعة تصلح للتركيب فى مصانعه ، وتصلح لمواجهة التوسعات المستقبلة وتتوافق مع نظام القوى المحركة الذى تعمل عليه المصانع أصلا ، وأنها تصلح للتعايش مع ظروف المنطقة من حيث المناخ ودرجة الرطوبة والقيود الإدارية الحكومية ، ثم يتبين أنها لا تتلاءم مع كل هذه الظروف ، برغم جودتها .

على أنه لما كان كل متعاقد قد يشكو بعد التعاقد أنه قد افتقد فى الشيء صفة جوهرية كان يبتغيها ، وأنه لو علم بتخلفها ما تعاقد ، فإن الاستجابة لكل شكوى من هذه القبيل ، وإبطال العقد على أساسها يؤدى إلى مفاجأة الطرف الأخر الذى لم يكن يعلم ولم يكن بإمكانه أن يعلم بهذه الصفة التى كان الطرف الأخر يتوسمها فى الشيء المبيع ، وفى هذا إهدار للثقة فى العقود .

ولذلك فإن طلب إبطال العقد للغلط لا يكون مقبولاً لمجرد إثبات الوهم الذى وقع فيه المتعاقد ، بل يجب إلى جانب ذلك إثبات علم الطرف الآخر أو إمكان علمه بأن من تعاقد معه كان يتوهم غير الواقع ، ومع ذلك تركه ينزلق إلى التعاقد دون أن يلفت نظره إلى هذا الوهم .

وحتى يسهل المتعاقد على نفسه مهمة إثبات العنصرين معا ليتوصل إلى إبطال العقد للغلط ، إذا تبين عدم صلاحية الشيء للغرض ، فإنه يذكر فى العقد – عن طريق الصياغة المسببة – أنه اشترى الشيء على أساس أنه استوفى صفة جوهرية معينة ، وأن الطرف الآخر يعلم بذلك ، وعندئذ يقع على عاتق الطرف الآخر واجب أن يلفت نظره إلى هذا الوهم وإلا تعرض لإبطال العقد للغلط [٨] .

ومن ذلك أيضا أن تشترى شركة سيارات لنقل المواد المبردة أو المثلجة دون أن تذكر الهدف الذى تسعى إليه من وراء الشراء ، ثم تشكو من بعد أن السيارات – برغم جودتها – لا تصلح لنقل منتجاتها هى على وجه الخصوص التى تتطلب نوعا معينا من التبريد . فعندئذ لا يستجاب لهذه الشركة إن هى طلبت إبطال العقد للغلط ، حيث لم يثبت أن البائع كان يعلم أن المشترى إنما يسعى وراء صفة جوهرية معينة فى السيارات المبيعة . ولكن إذا كانت الصياغة مسببة فإن الشركة المشترية تقول إنها تشترى هذه السيارات لاستعمالها فى نقل مواد معينة ، وعندئذ يجب على البائع أن

يحذرها عند الشراء من عدم صلاحية هذا النوع من السيارات للغرض المقصود، وإلا تعرض لإبطال العقد للغلط [9] .

ومن ناحية ثانية قد تؤدى الصياغة المسببة إلى تحديد مضمون الالتزام بدلاً من عموميته . مثال ذلك أن استئجار مخزن أو سيارة أو أرض فضاء يتيح للمستأجر أن يستغل العين المؤجرة فى كل ما تصلح له من أغراض ، بينما الصياغة المسببة التى تقول إن المستأجر يعمل محاسبا ويريد مكتبا تحظر عليه استعمال العين كمخزن أو حظيرة . ومن استاجر أرضا وذكر أنه يجرى أبحاثا زراعية لا يجوز له أن يستخدمها كمخزن وهكذا . وفى عقود إدارة المصانع إذا كانت الصياغة عامة فإن المطلوب من الشركة التى تتولى الإدارة هو مجرد حسن الإدارة ، بينما الصياغة المسببة قد تؤدى إلى مسئولية الشركة عن تخطى العقبات الفنية فى الإنتاج أو المشكلات المالية والاقتصادية ، أو تدعيم موقف الشركة فى منافستها للشركات الأخرى [10] .

ومن ناحية ثالثة ، فإن الصياغة المسببة قد تسمح للمشترى بأن يتمسك بضمان العيوب الخفية ، إذا ما ضمن له البائع خلو المبيع من عيب معين ، وقد تؤدى إلى إفلات البائع من هذا الضمان إذا أعلن أنه يبيع الشىء بسبب عيوبه [11] .

مثال ذلك أن يكون موضوع الصفقة عشر شاحنات وعشر روافع استخدمت فى مشروع معين وتباع لعدم الحاجة إليها . فهنا يحرص البائع على الصياغة المسببة حيث يقول إنه يبيع سيارات مستعملة استخدمت فى مشروع سابق ، فلا رجوع للمشترى عليه عن نقص كفاءة هذه المعدات لأن البائع أظهر له فى العقد أنها لا تخلو من العيوب المعتادة للأشياء المستعملة ، أو العيوب الخاصة للأشياء التى تستعمل فى ظروف خاصة مشابهة . وقد يذكر البائع أيضا أن هذه المعدات محظور إعادة بيعها داخل البلاد أو أنها خاضعة لرسوم جمركية ، فيتوقى بذلك الضمان أو التعويض .

ولذلك فانه فى العقود المهمة عادة ما يحرص أحد الأطراف على اللجوء إلى الصياغة المسببة ، ويجرى ذلك بوضع مقدمة للعقد تبين الغرض من إبرامه ، ثم بيان أوجه الاستعمال والهدف من وراء تقرير كل التزام فى المادة المخصصة له فى العقد ، مع بيان الظروف المحيطة بالتعاقد كافة [12] .

وتطبيقا لذلك ففى عقد التوسع فى طاقة المصنع ، نقول « لما كان الطرف الأول يملك مصنعا قائما فى منطقة ... ويقوم بإنتاج مادة ... ويرغب فى إجراء توسعات فى الطاقة الإنتاجية ، وهو لذلك يشترى محطة قوى كهربائية إضافية لتركيبها فى هذا المصنع بحيث تتلاءم مع نظام القوى المحركة المعمول به فى المصانع ، ولما كان الطرف الآخر على علم بذلك ، وهو يوافق على توريد محطة قوى من نوع ... وبما يتلاءم مع الغرض المشار إليه ، لذلك فقد جرى إبرام هذا العقد .

وهذه هى الصياغة المسببة التى تحفظ حقوق المشترى ، بدلاً من الصياغة غير المسببة أو العامة التى يلتزم فيها المشترى بقبول محطة قوى سليمة ، ولكنها قد لا تتلاءم مع كل الأغراض التى يسعى إلى تحقيقها [١٣] .

ثالثا - الصياغة النمطية للعقود وللشروط العقدية :

٧١ يقصد بالصياغة النمطية للعقود - كما سبق البيان - أن يقوم أحد الطرفين بإعداد نموذج موحد للعقود فى حدود نشاط معين يمارسه ، ويفرض هذا النموذج أو النمط على كل من يتعاقد معه .

وهذه العقود النمطية عادة ما تلجأ إليها الشركات الكبرى تسهيلاً لمهمتها ، بدلاً من إبرام عقود تتم صياغتها لكل عميل على حدة .

كما أن الدولة قد تفرض نموذجا موحدا لعقد من العقود ، بقرار منها تسهيلاً على الجمهور وحماية للمتعاملين من أن تفرض عليهم شروط تعسفية ، فى مجال معين يتميز بتسلط طرف قوى على طرف ضعيف .

وعادة ما تفضل الشركات مثل هذه العقود النمطية توفيرا للجهد والنفقات التى تتطلبها إعداد العقود بصياغة خاصة لكل حالة على حدة . كما أن مثل هذه الصياغة النمطية للعقود تمكن الشركة من أن تفرض شروطها أو تصوغ العقد لمصلحتها ما دامت تنفرد بالصياغة .

ومن الناحية العملية عادة ما تفرض هذه العقود النمطية نفسها على العملاء ، ما داموا سيواجهون نفس الصياغة إذا ما فضلوا التعامل مع شركة أخرى .

ومع ذلك فقد بدأت الشركات الكبرى ذاتها تعدل عن هذه السياسة أمام المنافسة التجارية فيما بينهما . فالإحساس النفسي لدى العملاء بأنهم مغلوبون على أمرهم يجعلهم يتلهفون على التعامل مع الشركة التى تحاول تصوير العقد على أنه من صنع الطرفين ، ولو كان ينطوى على الشروط ذاتها التى تضمن مصالح الشركات المنتجة [١٤] .

وتواجه العقود النمطية مشكلة أخرى فى التجارة الدولية ، تتمثل فى تنافرها مع القوانين والأعراف الداخلية فى الدول الأخرى .

ومن المشكلات التى تواجهها هذه العقود النمطية أيضا أن العميل كثيرا ما يطلب إدخال تعديلات أو تحفظات أو إضافات على الصياغة النمطية ، وهو ما قد يحدث تعارضا بين نصوص العقد النموذجى ، إذ أن كثرة التعديلات والتحفظات قد تهدم روح العقد لأن الصياغة يجب أن تكون متناسقة فى كل جزئياتها .

ومع ذلك فما زالت الصياغة النمطية للعقود ذات أهمية كبرى فى مجال التعامل التجارى والصناعى ، بسبب الحاجة الماسة إليها من جانب الأطراف جميعا . ذلك أن إعداد عقد خاص لكل عملية أو لكل صفقة يتطلب جهدا ونفقات يمكن توفيرها بإعداد عقد موحد لكل نوع من المعاملات .

ومن ناحية أخرى يستعير المتعاملون الصغار الذين لا تتوافر لديهم أجهزة إعداد العقود الصياغات الشهيرة للعقود التى تتبعها الشركات الكبرى ، بدافع من التقليد والتسهيل والتوفير فى النفقات .

بل إن موثقى العقود يفضلون أيضا الشروط والصياغات النمطية فى مجالات متعددة ، توقيا لاستعمال أصحاب الشأن عبارات شاذة أو صياغة غير قانونية تكون غير مفهومة أو لا تؤدى الغرض منها .

ولذلك نشطت فى العصر الحديث المحاولات الجادة لتوحيد صياغات العقود على المستوى الدولى فى مجالات متعددة [١٥] ، أو صياغة شروط نمطية أو عقود نموذجية يستخدمها المتعاملون فيما بينهم [١٦] . وهذه النماذج عادة ما تلقى إقبالا من الجمهور

باعتبار أنها تعطى ثقافة قانونية مناسبة فى مجال صياغة العقود ، كما أنها تعطى للطرفين انطباعا بأن العقد من صنع أنفسهم ، وأن لهم حرية اختيار أو رفض ما يشاءون من النماذج والشروط .

المبحث الثانى
أصول الصياغة

تصميم هيكل العقد :

٧٢

لعل أول خطوة فى إعداد مشروع العقد هى تصميم هيكل العقد بطريقة توضح التزامات وحقوق الطرفين بدقة ، وبما يمنع نشوء النزاع عند التنفيذ .

وبرغم اختلاف موضوعات العقود ، فإن تصميم هيكلها يكاد يكون متقاربا فى جميع الحالات .

ومما يسهل عملية التصميم هذه الأخذ فى الاعتبار أن لكل علاقة تعاقدية هدفا تسعى إلى تحقيقه من وجهة نظر كل من الطرفين ، وأن العقد يرتب على عاتق كل من طرفيه التزامات وينشئ لكل منهما بالمقابل حقوقا معينة .

ويجب الأخذ فى الاعتبار أيضا أن غاية ما يسعى إليه كل من طرفى العقد هو التنفيذ العينى حسب الشروط المتفق عليها ، مع مراعاة نصوص القانون وطبيعة التعامل ومبدأ حسن النية . ويتطلب تحقيق هذه الغاية أن يتفق الطرفان على الضمانات التى تكفل تنفيذ العقد .

يضاف إلى ذلك أن قيام النزاع بين طرفى العقد فى مرحلة التنفيذ ، أمر محتمل فى كثير من الأحوال ، ومن ثم يجب أن يتحسب الطرفان لهذا الاحتمال بالاتفاق على الإجراءات التى يجب اتباعها عندئذ، بما يقلل من طول أمد النزاع أمام القضاء ، ومن ثم ينظمان فيما بينهما إجراءات ومضمون الجزاءات العقدية ، مثل الفسخ والتعويض والتحكيم وهكذا .

هذا ويجرى العمل على تصميم هيكل العقد من الأبواب أو الفصول التالية (١٧) :

١ - مقدمة العقد ، وتشمل بيان تاريخ العقد ، وبيان من هما طرفا العقد ، ثم تمهيدا يوضح الغرض من العقد .

٢ – بيان نوع العقد بدقة ، ويشمل بيان نوع المقاولة أو التوريد أو البيع أو الخدمة .

٣ – التزامات الطرف الأول : وتبين كل ما يجب أن يقوم به هذا الطرف وفقا للعقد ، من حيث التوريد والتركيب والشحن والتسليم والتدريب وإدارة الماكينات واختبارها وتسليمها تسليما نهائيا وتسليم موقع العمل وهكذا .

٤ – التزامات الطرف الثانى : وتبين الثمن المتفق عليه وكيفية دفع هذا الثمن ، إلى جانب الالتزامات الأخرى ، مثل : إخلاء موقع العمل واستلام المعدات وإعداد التراخيص وإعداد الفريق الذى يتعامل مع المقاول .

٥ – إجراءات ومواعيد التنفيذ ، وتشمل بيان كيفية الشحن والتسليم والمواعيد المحددة لكل مرحلة من مراحل العقد .

٦ – إجراءات الاستلام النهائى من حيث بيان كيفية التأكد من تنفيذ كل من الطرفين لالتزاماته وقبول المعدات أو العمل .

٧ – الشروط الجزائية ، وتبين التعويضات الاتفاقية عن الإخلال بشروط العقد . كما تبين أيضا شروط الفسخ والتحكيم عند قيام نزاع بين الطرفين .

٨ – بيان اللغة الأصلية للعقد ، وقانون العقد ، وعدد النسخ الأصلية ، وتوقيع كل من الطرفين .

ولتصميم العقد بهذه الطريقة أهمية قصوى فى العقود الكبيرة المتعلقة بالمقاولات أو التوريدات أو توزيع وبيع المنتجات [١٨] .

فمن خلال تقسيم العقد إلى فصول مستقلة يستطيع كل طرف أن يعرف بدقة كل ما عليه من التزامات وكل ما له من حقوق .

ومن مزايا تقسيم وتصميم العقد أنه إذا وضع النص فى فصل معين فإنه يأخذ الطابع العام لهذا الفصل ، مما يساعد على تفسير النصوص . فذكر عمل معين فى الفصل الخاص بالتزامات المقاول يشير إلى أنه التزام بمقابل وأن الإخلال به يعرضه للجزاء ، بعكس ما إذا ذكر هذا العمل فى الفصل المخصص للإجراءات [١٩] .

ومن شأن تصميم العقد بطريقة واضحة أن يحول دون إغفال مسألة ما دون نص يحكمها ، مما يثير المشكلات عند التنفيذ . فمن السهولة بمكان حصر التزامات كل من الطرفين وحقوقهما وضمانات التنفيذ والشروط الجزائية وهكذا .

وأخيرا فإن من شأن تصميم هيكل العقد بطريقة واضحة أن يسهل على الرئيس الأعلى معرفة كل أبعاد العقد عن طريق الترتيب المنطقى للمواد ، فيتم التوقيع على العقد عن معرفة وإحاطة كاملة .

أسلوب العقد :

٧٣

ومن الأهمية بمكان أيضا أن يتم إعداد مشروع العقد بأسلوب صحيح من النواحى اللغوية والفنية والقانونية حتى لا تثور المشكلات عند التنفيذ .

فمن الناحية اللغوية يجب الابتعاد عن استخدام الألفاظ والعبارات المعقدة ، أو ذات المعانى المتعددة ، أو غير المألوفة فى لغة رجال الأعمال . وعادة ما يكون الاختصار أفضل من الإسهاب . وإذا اقتضى الأمر التفصيل فى مسألة ما ، يمكن تخصيص واحد من ملحقات العقد لهذا الفرض .

وإذا تطلب الأمر استعمال عبارة متداولة معروفة للطرفين وغير مألوفة فى التعامل يجب إيضاحها ، باعتبار أن العقد قد يعرض من بعد على القضاء أو على جهة رسمية . ومن الأفضل دائما مراجعة العقد من حيث الأخطاء اللغوية ، إذ أن هذه الأخطاء قد تؤدى إلى اختلاف المعنى .

ومن الناحية الفنية يجب التأكد من أن المصطلح الفنى يعطى نفس المعنى عند كل من الطرفين ولدى المهنة التى ينتمى إليها كل منهما . فإذا ما تعدد المعنى وجب بيان المعنى المتفق عليه بوضوح .

وقد يكون هناك تعريف دولى لبعض المصطلحات أو الرموز الفنية ، صادر عن مؤسسة دولية أو دولة كبرى أو إحدى مؤسساتها الحكومية أو الفنية المتخصصة ، وعندئذ يجب عدم الاقتصار على ذكر المصطلح مختصرا بل تجب

الإشارة إلى أن المقصود من هذا المصطلح أو القياس أو غيره المعنى الذى حددته جهة معينة بدولة معينة، منعا من الاختلاف حول المعنى عند تنفيذ العقد [٢٠].

ومن الناحية القانونية يجب دائما استخدام المصطلح القانونى المناسب عند التعبير عن التزام أو حق أو جزاء . فمن المعروف مثلاً أن الخطأ غير الغلط ، وأن مخالفة المواصفات قد لا تكون من العيوب الخفية ، وأن الضمان غير التضامن وهكذا.

ولما كان من يعد مشروع العقد عادة ما يكون إما متخصصا فى الإدارة أو مهندسا أو مستشارا قانونيا ، فإنه لا يستطيع أن يجمع فى وقت واحد بين الخبرة بالمصطلحات الفنية والمصطلحات القانونية ، كما أنه قد يعهد بهذا العمل إلى مدير المصانع أو مدير المشتريات أو المبيعات ، وكل منهم متخصص فى ناحية دون الأخرى . لذلك تتغلب الشركات الكبرى على هذه المشكلة من خلال أحد طريقين :

الأول – أن تعهد بإعداد مشروع العقد إلى فريق عمل يجمع بين الجانب الفنى والمالى والقانونى .

الثانى – أن تعهد بإعداد مشروع العقد إلى شخص واحد متخصص يعتمد فى المسائل الفنية والقانونية على نصوص متداولة فى الشركة ، فلا يصوغها من جديد فى كل مرة .

وعادة ما يؤدى هذا الطريق الثانى فى النهاية إلى تكوين نموذج للعقد يشتمل على نوعين من النصوص : نوع يمكن التعديل فيه وإعادة صياغته بما يتفق وظروف كل عملية على حدة . والنوع الثانى نصوص ثابتة تدرج فى كل عقد دون تعديل ، ولا يجوز المساس بها من قبل من أعد مشروع العقد ، إلا بعد الرجوع إلى سلطة أعلى ذات صلاحية خاصة . ومن ذلك شروط الفسخ والتحكيم والتعويض الاتفاقى ، وشروط التشديد أو الإعفاء من المسئولية العقدية ، وشرط ضمان حقوق الغير وشرط القوة القاهرة [٢١] .

هذا وقد درج المتخصصون فى إعداد العقود على استعمال عبارات شائعة للتعبير عن نوع معين من الالتزامات أو الحقوق ، بحيث أصبحت هذه العبارات معروفة لدى القضاة والخبراء والمحكمين وغيرهم ، وأصبح معناها ثابتا وواحدا . ومن ثم يحسن استعمال هذه العبارات بدلاً من المجازفة بابتداع عبارات وألفاظ يثور الشك حول معناها [٢٢] .

ملحقات العقد :

٧٤

في العقود الكبيرة لا يتسع متن العقد أو الوثيقة الرئيسية للعقد لاسعاب كل ما اتفق عليه الطرفان . فهناك شروط المناقصة والمواصفات الفنية وجداول المواعيد المتعلقة بالتنفيذ ، ونصوص خطابات الضمان والتفسيرات التي يحرص الطرفان على توضيحها في بعض المسائل .

لذلك جرى العمل على أن يلحق بمتن العقد ، ملحقات تجرى الإشارة أو الإحالة إليها في النصوص ، وذلك بصدد بعض المسائل الفنية أو المواصفات وغيرها .

وبرغم أن كل هذه الأوراق تمثل في مجموعها إطار العلاقة التعاقدية بين الطرفين ، فإنه يجب التمييز بين متن العقد والملحقات . بل وفي إطار الملحقات ذاتها يجب التمييز بين أوراق المناقصة ، والشروط العامة التي يجرى عليها العمل في تعامل أحد الطرفين مع الغير ، والشروط الفنية الدقيقة والمواصفات وجداول المواعيد وغيرها .

ويرجع السبب في هذا التمييز إلى أن العقد يمر بمراحل متعاقبة منذ إعلان شروط المناقصة إلى مرحلة المفاوضات ، ثم مرحلة إعداد مشروع العقد الذي يوقعه الطرفان . وليس من اليسير في أغلب الأحوال تجاهل هذه الأوراق كجزء من العقد . كما أنه قد يثور الشك من ناحية أخرى حول ما إذا كانت كل مرحلة من هذه المراحل تلغى وتستوعب المرحلة السابقة عليها . بل ويثور الشك أيضا فيما إذا كانت كل ورقة تم تداولها بين الطرفين وتم الاتفاق على موضوعها يجب أن تعد حتما واحدا من ملحقات العقد ، وما هو الحكم عند التعارض بين ملحقات العقد بعضها مع بعض ، أو بينها وبين النصوص الواردة في متن العقد.

وللتغلب على كل هذه المشكلات ابتدع العمل عدة وسائل يمكن من خلالها تحقيق مصلحة الطرفين في أن يكون العقد شاملاً لكل ما اتفقا عليه من ناحية ، واستبعاد ما لا يدخل في الاتفاق بالمعنى الدقيق ، ومواجهة التعارض بين الملحقات بعضها وبعض ، أو بينها وبين متن العقد .

وتتمثل هذه الوسائل فيما يلى :

أولا – يجب الاتفاق بدقة على ما يعد من ملحقات العقد ، وإرفاق هذه الملحقات بالعقد ذاته ، مع ترقيمها والنص على ذلك فى متن العقد [٢٣] ومن ثم ينص فى العقد ، على أن الملحقات المرفقة تشمل الملحقات من رقم ١ إلى رقم ١٠ مثلا . ويعطى كل ملحق عنوانا يبين المقصود منه فى فهرس العقد .

وفيما يلى مثال لفهرس الملحقات :

الملحق رقم ١	شروط المناقصة :
الملحق رقم ٢	المواصفات الفنية للمعدات
الملحق رقم ٣	جدول مواعيد الشحن والتسليم
الملحق رقم ٤	إجراءات التفتيش على المعدات قبل الشحن
الملحق رقم ٥	إجراءات سداد الثمن
الملحق رقم ٦	جدول إيفاد الخبراء ورواتبهم وخبراتهم
الملحق رقم ٧	نص خطاب الضمان النهائى
الملحق رقم ٨	نص مشارطة التحكيم
الملحق رقم ٩	نص الشروط العامة للتوريد لدى الطرف الأول
الملحق رقم ١٠	إجراءات الاختبار والتسليم النهائى والقبول

وبذلك تسهل الإشارة إلى هذه الملحقات فى نصوص العقد ، ففى النص الخاص بالتوريد فى متن العقد يكتفى بالقول إن الطرف الأول يلتزم بتوريد المعدات المتفق عليها وفقا للمواصفات المنصوص عليها فى الملحق رقم ٢ . أو يقال إن الطرف الثانى يلتزم بتقديم خطاب ضمان نهائى بالصيغة الموضحة فى الملحق رقم ٧ وهكذا .

ومثل هذا الترقيم للملحقات وإدراجها فى فهرس فى متن العقد ، من شأنه استبعاد أى أوراق أخرى من إطار العلاقة التعاقدية بين الطرفين ، ولو كان قد جرى التفاهم عليها [٢٤] .

فإذا كانت هناك محاضر اجتماع أو بروتوكولات لم ترد لها إشارة ضمن ملحقات العقد ، لا تعد جزءا من العقد ، وإن كانت تصلح لتفسير نص من نصوصه عند الخلاف حول المعنى .

وبداهة فإن ما أشرنا إليه من ملحقات للعقد ليس مسألة إلزامية ، فقد يستبعد الطرفان الشروط العامة للتوريد السارية فى مصانع الطرف الأول مثلا ، على أساس أنهما قد وضعا شروطا خاصة بهذه العملية .

ثانيا – ينص فى واحد من بنود العقد على أن الملحقات تعد جزءا لا يتجزأ من هذا العقد . وهذا ما يوضح أن الطرفين قد تراضيا على ألا تقتصر حقوقهما والتزاماتهما على ما ورد فى متن العقد ، بل هى تمتد لتشمل أيضا ما قد يرد فى ملحقات العقد .

ثالثا – ولمواجهة إمكان قيام تعارض بين الملحقات بعضها وبعض ، أو بينها وبين متن العقد ، يجرى النص فى العقد على أفضليات محددة وقاطعة . ومن ذلك النص على أنه عند التعارض بين نصوص العقد وملحقاته تكون الأفضلية للحكم الوارد فى متن العقد على أى حكم آخر ورد فى ملحقات العقد . وعند التعارض بين ملحقات العقد بعضها وبعض تكون الأفضلية للحكم الوارد فى المواصفات الفنية على تلك الواردة فى شروط المناقصة ، وتفضل شروط المناقصة ، على الشروط العامة للتوريد المعمول بها لدى أحد الطرفين [٢٥] .

التعريف بالمصطلحات المستخدمة فى العقد :

٧٥ يستخدم الطرفان مصطلحات كثيرة فى العقد ، ويتردد ذكر هذه المصطلحات فى مواطن متعددة من العقد . ويقصد الطرفان معا معنى محددا لكل مصطلح حسب الفهم المشترك لكليهما وحتى لا يعود أحد الطرفين فى أثناء مرحلة تنفيذ العقد فيدعى أن لهذا المصطلح أو ذاك معنى مخالفاً لما يدعيه الطرف الآخر ، فإن الطرفين يحرصان عادة على إدراج المعنى المشترك بينهما فى نصوص العقد ذاته ، منعا لأى خلاف فى المستقبل .

ولكن لما كان المصطلح الواحد يستخدم أكثر من مرة في العقد ، فمن غير المناسب بيان المقصود منه في كل مرة ، إذ يكون في ذلك تكرار غير مناسب .

ولذلك يفضل بعض محرري العقود وضع نص في متن العقد يخصص لتحديد المقصود من كل مصطلح من المصطلحات المتداولة في العقد ، بحيث يمكن الرجوع إليه عند قراءة العقد أو عند التنفيذ [٢٦] .

مثال ذلك أن يتفق على أنه « يكون لكل من المصطلحات التالية المعنى المشار إليه قرين كل منها ، وذلك بصدد تنفيذ هذا العقد :

- يقصد بموقع العمل الأرض المخصصة لإقامة المشروع والكائنة ....
- يقصد بالمقاول الطرف الثاني في هذا العقد .
- يقصد برب العمل الطرف الأول في هذا العقد .
- يقصد بممثل الطرف الأول مدير المصانع لدى الطرف الأول .
- يقصد بممثل الطرف الثاني رئيس الفريق الذي يعينه الطرف الثاني .
- يقصد بالمواصفات القياسية تلك التي تصدر عن الهيئة العامة للمواصفات والمقاييس .
- يقصد بالبنك ، أحد بنوك الدرجة الأولى ، أو بنك كذا ....
- يقصد بالمقاييس والموازين تلك المعروفة في النظام الأمريكي » .

ويلاحظ على هذه المصطلحات أنها قد تحمل أكثر من معنى ويراد تحديد معنى واحد لها من جانب الطرفين معا . فالنص على تقديم خطاب ضمان من البنك قد يعني أي بنك ، في حين أن الطرفين يقصدان بنكا معينا بالاسم أو بنكا على درجة معينة وهكذا .

تعديل العقد :

٧٦ بعد إعداد المشروع النهائى للعقد ، وقبل التوقيع بلحظات ، قد يعن لواحد من الطرفين ، وبموافقة الطرف الآخر ، إدخال إضافة أو تعديل على نص من نصوص العقد . بل وقد يتم كل ذلك بعد تمام توقيع العقد . وقد يكون من شأن هذه الإضافة إلى العبارات أو النصوص مجرد التوضيح أو التفسير أو التصحيح ، وقد يمتد الأمر إلى التعديل الحقيقى فى التزام أو حق لأحد الطرفين .

وتثور المشكلة أيضا عندما يتبادل الطرفان بعض الخطابات أو الرسائل فى مرحلة التنفيذ ، أو يوقعان محضر اجتماع تثار فيه مشكلة من مشكلات التنفيذ ويتفق على حل لها ، ويتمسك واحد من الطرفين بأن ذلك يتضمن تعديلاً للعقد ، بينما يرى الطرف الآخر أن المسألة لا تعدو تفسيرا للنصوص بصدد حالة معينة أو مشكلة محدودة (٢٧) . يضاف إلى ذلك أن هناك موافقات كثيرة تصدر من ممثلى واحد من الطرفين فى خلال مرحلة التنفيذ ، يكون بعضها شفاهيا وبعضها مكتوبا ، وقد يكون بعضها صادرا من شخص ليست له صلاحية تعديل العقد ، وقد لا يكون مقصودا من هذه الموافقة تعديل العقد ، بل إظهار حسن النية فى التنفيذ .

ولتلافى كل هذه المشكلات يجب الحرص عند إعداد مشروع العقد على بيان شكل وإجراءات تعديل العقد ، بحيث يكون ما عدا ذلك من أشكال أو إجراءات مجرد بيان لوسائل التنفيذ ، وليس تعديلاً فى حقوق والتزامات أى من الطرفين .

وقبل إيضاح مثل هذا التنظيم لشكل وإجراءات تعديل العقد ، تجب الإشارة إلى أن التعديل فى العقد لا يكون إلا بعد تمام العقد . أما قبل تمام العقد فليس هناك عقد يجرى التعديل فيه ، ولو كان قد اتخذ شكل المشروع النهائى المعد للتوقيع . ففى هذه المرحلة الأخيرة تكون أى إضافة أو شطب أو تغيير مجرد تحديد لما جرى الاتفاق عليه ، ولا يتطلب ذلك شكلاً أو إجراء خاصا ، بل ولا تسرى عليه أحكام النص الوارد فى العقد الذى ينظم شكل وإجراءات تعديل العقد .

ومثل هذه الإضافات إلى المشروع النهائى للعقد عادة ما تقع فى آخر لحظة . وقد تكون بخط اليد إضافة إلى النص المطبوع . وهنا يجب للاعتداد بمثل هذه الإضافة أن

تكون واردة فى نسخة كل من الطرفين ، وبذات الصياغة ، أو وردت فى نسخة أحدهما ولكنها موقعة من الطرف الآخر [٢٨] . فإذا كانت الإضافة فى نسخة واحدة من الطرفين وبدون توقيع من الطرف الآخر فلا يعتد بها ولو كانت بخط يده أو بخط من يمثله ، إذا العبرة بالتوقيع بجانب الإضافة ، أو بالتوقيع فى نهاية الورقة بما اشتملت عليه من إضافة فى نسخة كل من الطرفين فى الوقت ذاته .

وإذا كان هناك تعارض بين ما أضيف بخط اليد وما حرر بالآلة الكاتبة إلى مشروع العقد المعد أصلا للتوقيع ، وكانت هذه الإضافة مما يعتد بها كما سبق البيان ، فإن الأفضلية تكون للإضافة باعتبار أنها تتضمن تعديلاً متفقا عليه بين الطرفين لما جرى الاتفاق عليه فى المشروع النهائى للعقد ، أو هى تعبير عن آخر ما توصل إليه الطرفان من اتفاق [٢٩] .

ومن ثم ففى العقود المطبوعة سلفا التى يجرى عليها العمل لدى أحد الطرفين ، مثل شركات التأمين أو الملاحة أو البنوك وغيرها ، إذا تمت إضافة بيان أو عبارة بخط اليد أو بالآلة الكاتبة ، فإنه عند التعارض تكون الأفضلية لهذه الإضافة الخاصة لأنها تعديل للمشروع تم فى آخر لحظة قبل التوقيع ، وذلك متى كانت الإضافة موقعة من الطرف الذى يحتج بها عليه ، أو أضيفت إلى نسخة الطرفين فى الوقت ذاته .

ونعود الآن إلى شكل وإجراءات التعديل فى العقد بعد تمام توقيعه ، فقد جرى العمل على تحديد شكل وإجراءات التعديل باتفاق صريح ، منعا من اعتبار كل موافقة ما بين الطرفين بمثابة تعديل للعقد .

وعادة ما ينص فى العقد على أنه «لا يتم تعديل هذا العقد إلا باتفاق مكتوب وموقع من الطرفين أو من يمثلهما ممن يتمتعون بالتفويض فى التوقيع على العقود ، ولا يعد أى اتفاق مكتوب تعديلاً للعقد إلا إذا نص فيه صراحة على أنه قد قصد منه تعديل العقد ، مع بيان ما يجرى فيه التعديل ومضمون هذا التعديل . ويسرى مثل هذا التعديل من وقت توقيع الطرفين عليه ، ما لم يتفق على موعد آخر » .

ومثل هذا النص يستبعد الادعاءات بالتعديل المنسوبة إلى أحد الطرفين ، إذا كانت صادرة عن شخص غير مفوض فى ذلك ، ويستبعد أيضا أى أوراق أو محاضر اجتماع أو تصريحات أو موافقات مخصصة لحل مشكلة فردية عند التنفيذ ، ولا يقصد منها تعديل نصوص العقد [٣٠] .

ومتى تم تعديل العقد أصبح التعديل جزءا لا يتجزأ منه . وإذا حدث تعارض بين هذا التعديل وبين نص من نصوص العقد ، يجب إعطاء الأفضلية للتعديل وما نتج عنه من آثار ، باعتبار أن إرادة الطرفين قد انصرفت إلى قبول التعديل وما يرتبه من نتائج . مثال ذلك أن يتفق على تعديل مدة توريد المعدات من ستة أشهر إلى اثنى عشر شهرا ، فيترتب على ذلك امتداد المدة الكلية للتنفيذ بمقدار ستة أشهر ، ولا تسرى الجزاءات المحددة للتأخير فى التسليم النهائى إلا بعد مضى المدة الأصلية مضافا إليها ستة أشهر .

لغة العقد :

٧٧

الأصل هو الحرية المطلقة للمتعاقدين فى اختيار لغة العقد ، ما لم يتدخل القانون فيفرض عليهما استعمال لغة معينة .

ففى بعض الفروض قد تفرض الدولة استخدام اللغة الوطنية فى العقود التى تكون الدولة طرفا فيها ، أو فى العقود الخاصة [٣١] .

وفيما عدا ذلك قد يختار الطرفان اللغة المشتركة بينهما أو اللغة السائدة فى بلد واحد منهما أو لغة ثالثة .

وإذا اختار الطرفان لغة معينة للعقد ، فليس معنى ذلك خضوع العقد لقانون دون آخر نتيجة لذلك . فقانون العقد تحدده قواعد القانون الدولى الخاص بصرف النظر عن اللغة التى استخدمت فى إعداده . فقد يكون العقد محررا باللغة العربية ، بينما هو يخضع للقانون الأمريكى ، إذا اختار الطرفان الخضوع لهذا القانون ولم يوجد نص قانونى آخر يفرض قانونا آخر .

على أن لغة العقد قد تؤثر فى تفسيره ، خصوصا عند استخدام عبارات أو مصطلحات لها دلالة معينة فى هذه اللغة تختلف عن دلالتها فى غيرها من اللغات .

وإذا حدث نزاع بين الطرفين وقدم أحدهما نسخة من العقد إلى القضاء ، فهنا لا يلتزم القاضى بنظر العقد إلا باللغة الوطنية ، أى لغة دولة القاضى . وعندئذ يلتزم المدعى بأن يقدم ترجمة رسمية للعقد ؛ أى ترجمة مصدقا عليها من جهة رسمية .

وللطرف الآخر أن يعترض على عدم دقة الترجمة ، وفى هذه الحالة يفصل القاضى فى هذا الخلاف بعد اللجوء إلى أهل الخبرة .

وإذا ما تعددت نسخ العقد بأكثر من لغة ، يجب الاتفاق على اختيار واحدة من هذه اللغات لتكون هى لغة العقد ، وعندئذ يؤخذ بالمعانى التى تشير إليها هذه اللغة ، ولو اختلفت عن المعانى التى تستخلص من اللغات الأخرى [٣٢].

تحرير العقد بالكتابة :

٧٨

والأصل أيضا هو رضائية العقود ، بمعنى أنه يكفى تلاقى وتطابق إرادة الطرفين حتى يقوم العقد ، بصرف النظر عن شكل التعبير عن الإرادة .

ومن ثم يقوم العقد بالاتفاق شفاهة على مضمونه ، أو بالإشارة أو بالتعبير الضمنى عن الإرادة ، مثل البدء فى تنفيذ ما عرضه الطرف الآخر ، دون إدراج ذلك فى محرر مكتوب .

وقد يتدخل القانون فيتطلب أن يكون العقد مكتوبا ، فإذا ما تبين أن الكتابة ركن فى العقد لا يقوم إلا بتوافرها ، كان العقد شكليا . أما إذا كانت الكتابة لمجرد الإثبات ، فإن العقد يقوم بغير الكتابة ، ولكن لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، أو بما هو أقوى من الكتابة ، مثل الإقرار من جانب من يدعى عليه بقيام العقد .

فإذا سكت النص عن بيان المقصود من اشتراط الكتابة ، وهل هى ركن فى العقد أو أن الغرض منها مجرد الإثبات ، فإن بعض الفقه يرى ضرورة الأخذ بالأصل وهو الرضائية احتراما لمبدإ سلطان الإرادة [٣٣] ، بينما يتوسط البعض الآخر فيرى أنه يجب البحث عن الغرض من اشتراط الكتابة ، فإن كان هذا الغرض يتعلق بالنظام العام مثل حماية إرادة أحد الطرفين ، أو إعلام الغير أو جهة رسمية ، كان العقد شكليا لا يقوم بغير الكتابة ولا يجوز إثباته بطريق آخر ، لأنه عقد باطل لا وجود له [٣٤]. بينما أخذ جانب آخر من الفقه بالرأى العكسى من أن اشتراط القانون للكتابة دون بيان الجزاء معناه بطلان العقد غير المكتوب ، إذ أن قواعد الإثبات تتطلب الإثبات بالكتابة ، إذا بلغت قيمة التصرف قدرا معينا ، فلا معنى لإهدار هذه القواعد والقول

بعدم جواز الإثبات بالكتابة مهما بلغت قيمة التصرف [٣٥] . هذا فى الوقت الذى يذهب فيه القضاء إلى عدم بطلان العقد غير المكتوب عند اشتراط القانون للكتابة دون بيان الجزاء عن المخالفة ، فما زالت المسألة تتعلق بالإثبات ، ومن ثم يجوز إثبات العقد بما هو أقوى من الكتابة ، مثل الإقرار أو اليمين [٣٦] .

ولا يترك الطرفان عادة مسألة الكتابة لكل هذه الافتراضات ، بل هما يفضلان أن يكون العقد مكتوبا ليسهل تحديد حقوق والتزامات كل منهما ، ويسهل أيضا إثباتها . ولذلك قد يشترط منذ البداية – وفى أى مرحلة من مراحل المفاوضات أو حتى قبل ذلك فى العرض أو فى الإيجاب أو فى أوراق المناقصة أو الدعوة إلى التعاقد – أن العقد لا يقوم إلا بالكتابة ، وعندئذ يصبح العقد شكليا وتكون الكتابة ركنا فيه ، ولا يقوم العقد بأى اتفاق شفاهى بين الطرفين .

نفاذ العقد :

٧٩ يقصد بنفاذ العقد التاريخ الذى يصبح فيه العقد القائم بين الطرفين واجب التنفيذ ، فيبدأ منه كل طرف فى تنفيذ التزاماته ، ويبدأ سريان المواعيد والإجراءات المتفق عليها .

والأصل أن يصبح العقد واجب النفاذ فور توقيع الطرفين عليه [٣٧] . غير أنه فى العقود الكبيرة قد يلتزم أحد الطرفين بأن يبدأ بالقيام بعمل ما ، حتى يبدأ الطرف الآخرى فى تنفيذ التزاماته ، ويرغب هذا الأخير فى أن يتأكد من تمام هذا العمل أولا قبل أن يبدأ فى تنفيذ التزامه هو . مثال ذلك أنه يجب على أحد الطرفين الحصول على تصديق من جهة معينة أو تقديم ضمان من البنك ، أو دفع القسط الأول من الثمن أو إخلاء موقع العمل أو توريد شىء ما من الغير الذى اتفق معه أحد الطرفين وهكذا .

فإذا حدثت عقبة إرادية أو غير إرادية أدت إلى عدم تمام هذا العمل الأولى ، فإن الطرف الآخر يجد أن الموقف أصبح معلقا ، فهو ملتزم بالعقد ولكنه لا يريد تنفيذ التزامه إلا إذا تحقق هذا الأمر ، ولا يريد فى الوقت ذاته أن يطول هذا الموقف عن طريق الدفع بعدم التنفيذ ، أو طلب فسخ العقد .

وقد جرى العمل فى مثل هذه العقود الكبيرة أو المهمة على تخصيص نص فى العقد يحدد موعد بدء نفاذ العقد ، وعادة ما يكون تاريخ هذا النفاذ هو تاريخ تحقق العمل أو الإجراء المطلوب ، مع وضع حد أقصى من الوقت لتحقق ذلك وإلا فسخ العقد [٢٨] .

مثال ذلك النص على أنه « يعتبر هذا العقد ملزما لطرفيه منذ تاريخ توقيعه ، ولكن لا يبدأ نفاذ العقد إلا من تاريخ تلقى الطرف الثانى للقسط الأول من الثمن عن طريق البنك » أو « من تاريخ إخطار البنك للطرف الثانى بأنه قد تم إيداع خطاب الضمان المنصوص عليه فى الملحق رقم .... من هذا العقد » ..... « فإذا بقى العقد غير نافذ لمدة تزيد على ستة أشهر من تاريخ توقيعه ، اعتبر العقد كأن لم يكن دون حاجة إلى إخطار أو اتخاذ أى إجراء قضائى أو غيره » . بهذه الوسيلة يحدد الطرفان تاريخا معينا لبدء نفاذ العقد ، فإذا ما تحقق العمل المتفق على أنه يؤدى إلى نفاذ العقد ، بدأ كل منهما فى تنفيذ التزامه ، ويبدأ حساب جميع المواعيد الواردة فى العقد اعتبارا من تاريخ النفاذ . فعدم النفاذ إذن لا يمنع من قيام العقد ، ولكنه يجعل الالتزامات المترتبة على العقد غير واجبة التنفيذ ، حتى تزول حالة عدم النفاذ هذه .

الهوامش

(1) Francis Lemeunier : La pratique des contrats, formulaire d'actes sous seings privés, 1973, p.3A et s.

(2) Duncan Wallage : The international civil engineering contract,1974, p.22 et s.

(3) Starck : Droit civil, Obligations, no 967 et s.

(4) Flour et Aubert : Les obligations, l,acte juridique, no 43.

(5) Cheshire : The law of contract, 1972, p .l06 et s.

(6) Treitel : The law of contract, 4 éd, 1975, p.136 et s.

(7) Ghestin : Droit civil, contrat, no 40l et s.

(8) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 173.

(9) Flour et Aubert : Les obligations, l,acte juridique, no 196.

(10) Starck : Droit civil, obligations, no 488 et s.

(11) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 477 et s.

(12) Treitel (G.H.) : The law of contract, 1975, p. 136 et s.

(13) Ware (E). and Tyrrell (B.) : Moore's practical agreements, 10 éd, 1965, p. 403 et s.

(14) A. Seube : Les conditions générales des contrats, Mélanges Jauffret, p. 628.

(15) Duncan Wallage : The international civil engineering contract, A commentry on the F. I. D. I. C (Federation Internationale des Ingenieurs - Conseils) international standard form of civil engineering and building contract, Sweet and Maxwell, 1974.

(16) Francis Lemeunier : La pratique des contrats, formulaire d'actes sous seings privés, 1973 - Richard Wincor : Contracts in plain english, 1970 - Elaine Ware: Moore's Practical agreements, lo ed. 1965- Treitel : The law of contract, 4 ed, 1975 - Cheshire and Fifoot : The law of contract, 1972.

(17) Moore's Practical Agreements, 10 ed., 1965.

(18) Treitel : The law of contract, 4 ed., 1975.

(19) Flour et Aubert : Les obligations, l'acte juridique, no 390 et

(20) Richard Wincor : Contracts in plain english, 1976, p. 26.

(21) Francis Lemeunier : La pratique des contrats, formulaire d'actes sous seings privés, 1973, p. A 3.

(22) Duncan : The international civil engineering contract, 1974, p. 22.

(23) Francis Lemeunier : La pratique des contrats, p. A 6.

(24) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 305.

(25) Duncan Wallage : The international civil engineering contract, a commentary on the (Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils) international standard form of civil engineering and building contract, 1974, p. 34.

(26) The international civil engineering contract, Duncan wallage,. 1974, p. 34.

(27) Francis Lemeunier : La pratique des contrats formulaire d'actes sous seinges privés, 1973, p. A5.

(28) Francis Lemeunier : op. cit., p. A . 5.

(29) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 362.

(30) Treitel : The law of contract,, 1975, p. 151.

(31) Francis Lemeunier : La pratique de contrats, p. A 4.

(32) Francis Lemeunier : op. cit., p. A 4.

(33) Aubry et Rau : Droit civil, 6 éd, t.12 par Esmein, no 762.

(34) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 265 et s.

(35) Flour et Aubert : Les obligations, l'acte juridique, no 315.

(36) Civ. 22 janvier 1947 et Soc 27 fevrier 1947, J. C. P. 1947, 11, 3724, note Besson.

(٣٧) انظر على سبيل المثال المادة ٣٤٦ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأن يصبح الالتزام واجب الوفاء فور ترتبه نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك .

(38) Treitel : The law of contract, 1975, p. 136.

الفصل الثانى
ضمانات التنفيذ

تمهيد :

٨٠ برغم أن ضمانات التنفيذ تدخل ضمن إطار عملية صياغة مشروع العقد ، وتخصص لها بعض النصوص فيه ، شأنها فى ذلك شأن حقوق والتزامات الطرفين وغيرها من المسائل ، فإن هذه الضمانات عادة ما تأخذ نصيبا أكبر من الاهتمام فى صياغتها .

فإذا ما صيغت ضمانات التنفيذ بعناية وبطريقة محكمة ، وتم اختيار أكثرها ملاءمة لظروف العقد ، كان ذلك مما يضمن فى أغلب الأحوال تنفيذ العقد ، أو على الأقل سهولة حسم المنازعات التى تثور بين الطرفين فى المستقبل .

وتنقسم الشروط المتعلقة بضمانات التنفيذ إلى مجموعتين : تتعلق الأولى منهما بتذليل العقبات التى تعترض تنفيذ العقد ، وهى شرط الضمان المالى وشرط التحكيم وشرط القوة القاهرة وشرط المفاوضات . بينما تتعلق المجموعة الثانية من هذه الشروط بحالة عدم تنفيذ العقد من جانب أحد الطرفين ، وهى شرط وقف تنفيذ العقد ، وشرط الفسخ ، والشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى ، وشرط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها . وسوف نتناول ذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : الشروط المتعلقة بعقبات التنفيذ .

المبحث الثانى : الشروط المتعلقة بعدم تنفيذ العقد .

المبحث الأول
الشروط المتعلقة بعقبات التنفيذ

شرط الضمان المالى :

٨١ فى المعاملات البسيطة يتبادل الطرفان تنفيذ الالتزامات بطريقة فورية ومباشرة ، ففى ذات الوقت الذى ينعقد فيه العقد يتم تنفيذه وتنتهى العلاقة العقدية بالتنفيذ. ففى شراء بضاعة حاضرة يتم الاتفاق ودفع الثمن وتسليم البضاعة وتنتهى علاقة الطرفين بالتسليم ، ومن ثم لا تثور مشكلة طلب تقديم ضمان مالى من أحدهما إلى الآخر .

ولكن فى العقود الممتدة التى تتكلف الملايين ، وخصوصا فى المقاولات الكبيرة وتوريد الماكينات أو المصانع أو تقديم الخدمات الفنية . عادة ما يؤدى أحد الطرفين جزءاً من الثمن قبل أن يتلقى الثمن ، وهو يخشى عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب من الطرف الآخر ، فيظل يلاحقه بالطرق القضائية ، ومن ثم فهو يفضل مواجهة ذلك بطريق الضمان المالى .

والضمان المالى هو فى الأصل مبلغ من المال يضعه أحد الطرفين تحت يد الطرف الآخر ، ليتمكن هذا الأخير من أن يقتطع منه ما يستحق له قبل الطرف الأول من حقوق مالية .

ولكن مع التطور فى المعاملات وجد أنه ليس من مدعاة لتجميد النقود فى صورة الضمان المالى النقدى ، بل يكفى أن يتدخل البنك فيصدر خطاب ضمان بالقيمة المطلوبة .

والفكرة العامة فى خطاب الضمان أو الكفالة البنكية ، أن البنك يتعهد بأن يدفع مبلغاً من المال إذا طلب المستفيد ذلك فى خلال مدة معينة ، بصرف النظر عن اعتراض العميل الذى كفله المصرف [1] .

وهناك أنواع متعددة لخطابات الضمان أو الكفالة البنكية ، ولكن أهمها من الناحية العملية ما يلى :

١ - **خطاب الضمان الابتدائى** : وهو الذى يشترطه الطرف طالب العروض أو من طرح المناقصة أو من طلب تقديم إيجاب من الغير . فهو يشترط أن يرفق مقدم العطاء أو الإيجاب خطاب ضمان عادة ما يكون بحوال ٢٪ من قيمة العطاء أو العرض .

ومثل هذا الضمان الابتدائى يغطى مرحلة ما قبل التعاقد ، ويخصص لمواجهة نكول مقدم العطاء عن التعاقد برغم إخطاره بقبول عطائه . فيضطر رب العمل إلى التعاقد مع شخص آخر ربما بأسعار أكبر ، فهو هنا يصادر قيمة هذا التأمين الابتدائى ليغطى هذا الضرر .

ولخطابات الضمان الابتدائى وظيفة أخرى مهمة ، هى ضمان جدية العروض المقدمة إلى الداعى إلى التعاقد . فإذا لم يشترط التأمين الابتدائى فربما تدخل بعض العروض غير الجادة التى يقصد أصحابها استطلاع أسعار السوق أو الدعاية أو وضع عقبات أمام الآخرين . وتكون مصادرة هذه التأمينات مما يمنع عادة دخول هذه العروض غير الجادة .

٢ - **خطاب الضمان النهائى** : وهو الذى يغطى مرحلة ما بعد التعاقد لحين انتهاء المقاول أو المورد من تنفيذ التزاماته . وهو عادة ما يكون بنسبة حوالى ١٠٪ من قيمة العقد .

ويلتزم المقاول أو المورد بتقديم هذا الضمان ، لأنه عادة ما يتلقى الثمن كاملاً بنهاية المقاولة أو التوريد ، بينما لا يزال ملتزما بضمان سلامة المبانى أو ضمان المعدات لمدة لاحقة قد تصل إلى سنة من تاريخ التسليم النهائى ، وربما تزيد مدة الضمان على ذلك فى المبانى حسب نصوص العقد أو القانون .

وقد يكون خطاب الضمان النهائى ثابت القيمة طوال مدة صلاحيته ، وقد يتفق على أن يكون قابلاً للتخفيض كلما أنجز المقاول أو المورد جزءًا من التزامه .

٣ - **خطاب ضمان الدفعة المقدمة** : عادة ما يتلقى المقاول أو المورد دفعة مالية فور التعاقد قد تصل إلى ثلث أوربع قيمة العقد ليتمكن من تمويل التزاماته . وحتى

يضمن الطرف الآخر عدم استيلاء المقاول أو المورد على هذه الدفعة المالية المقدمة بغير وجه حق ، فإنه يتفق معه على أن يقدم فى مقابل الدفعة المالية المقدمة ، خطاب ضمان بالقيمة ذاتها ، ويتولى البنك أداء هذه الدفعة المالية المقدمة مقابل تلقيه خطاب الضمان من بنك المقاول أو المورد . ويظل خطاب الضمان هنا ساريا لحين توريد معدات أو تقديم أعمال تساوى قيمة الدفعة المالية المقدمة [٢] .

وأ يًا ما كان الشكل الذى يتخذه خطاب الضمان ، فإن هناك خصائص عامة لهذه الكفالات البنكية :

أولاً – يصدر خطاب الضمان بصيغة يتفق عليها فى العقد ذاته ، وتذكر بالنص فى واحد من ملحقات العقد . ذلك أن انفراد المقاول أو البنك بصياغة خطاب الضمان قد يؤدى إلى التغيير فى مدى التزام البنك بما هو متفق عليه فى العقد، ولمنع مثل هذا الاحتمال يتفق الطرفان على الصيغة حرفيا ، بحيث لا يقبل خطاب الضمان الذى ينطوى على تغيير فى الصيغة .

ثانيا – يصدر خطاب الضمان من البنك . وليس من نص فى القانون يمنع من أن يصدر خطاب الضمان من فرد أو مؤسسة مالية أو شركة ، ولكن العمل جرى على أن يصدر خطاب الضمان من بنك يتفق عليه الطرفان بالاسم أو بالصفة [٣] .

ثالثا – يصدر خطاب الضمان بمبلغ محدد ، وهذا ما تتطلبه الكفالة بصفة عامة . فيجب النص فى خطاب الضمان على المبلغ الذى يلتزم البنك بأدائه إلى المستفيد إذا ما طلب ذلك خلال مدة الضمان .

وليس هناك ما يمنع من أن يكون خطاب الضمان بحد أقصى ، فيقال إن البنك يلتزم بأن يؤدى إلى رب العمل أى مبالغ يطلبها من المقاول بمناسبة تنفيذ عقد معين بمالا يجاوز مبلغا يحدد بالأرقام وبالحروف .

ولكن الكفالة غير المحددة أو المجهلة تكون باطلة وفقا للمبادئ العامة فى عقد الكفالة [٤] .

رابعا – خطاب الضمان لا يكون مشروطا . لعل من أهم مظاهر القوة فى خطاب الضمان أن يتضمن تعهدا بالوفاء من جانب البنك دون قيد أو شرط ، ودون

التفات إلى اعتراض العميل ، وبدون حاجة إلى الرجوع إليه أو الحصول على موافقته ، وبغير ذلك لا يؤدى خطاب الضمان وظيفته . وينبع هذا الشرط فى واقع الأمر من اشتراط المستفيد من الضمان ، ولكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على عدم مصادرة خطاب الضمان إلا بحكم يصدر من هيئة التحكيم ، أو بعد إنذار الطرف الآخر أولا ومرور فترة زمنية وجيزة ، وفى هذه الحالة يكون المستفيد قد قبل ضمانا ضعيفا .

خامسا – مبلغ الضمان لا يمثل تحديدا لمسئولية المقاول أو المورد . فإذا كانت قيمة خطاب الضمان النهائى عشرة فى المائة من قيمة العقد مثلا ، فلا يعنى ذلك أن الحد الأقصى لالتزامات المقاول أو المورد تجاه رب العمل هو عشرة بالمائة ، فقد يتجاوز الأمر هذا الرقم ، ولكن البنك لا يلتزم إلا بدفع قيمة خطاب الضمان ، وعلى رب العمل ملاحظة المقاول أو المورد بطريق آخر . ومثل هذا الإيضاح لا يذكر فى نص خطاب الضمان ، لأنه لا علاقة للبنك بهذه المسالة ، وإنما يذكر فى صلب العقد بين رب العمل وبين المقاول أو المورد [٥].

سادسا – يصدر خطاب الضمان موقوتا لمدة معينة . ذلك أن عدم توقيت خطاب الضمان بتاريخ محدد يجعل الكفالة مجهلة وبالتالى غير صحيحة . وتتحاشى البنوك أو أرباب الأعمال أن يكون خطاب الضمان غامضا فى مدته بحيث يقصر عن تغطية مدة العقد ، ولذلك يحدد أجل الخطاب بتاريخ معين تحسبا لامتداد مدة العقد أو اختصارها .

ولما كان خطاب الضمان يسقط من تلقاء نفسه بحلول الأجل المشار إليه فيه ، وقد يكون المقاول أو المورد لم ينته بعد من تنفيذ التزاماته ، فيبادر رب العمل إلى طلب صرف قيمة خطاب الضمان نقدا من البنك ، وهو ما قد يجمد مبلغا كبيرا من المال أو قد يسيء إلى سمعة المقاول أو المورد لدى البنك ، لذلك جرى العمل على النص فى خطابات الضمان على جواز طلب تجديدها لمدة أخرى دون حاجة إلى موافقة المقاول أو المورد ، بل وبرغم اعتراضه ، وذلك بدلاً من مصادرة القيمة .

ويلتزم البنك بتجديد المدة ما دام طلب التجديد قد وصله قبل انتهاء أجل الضمان ، لأن اعتراض البنك على مد المدة معناه تمسك المستفيد بمصادرة القيمة وصرفها إليه نقدا [٦] .

سابعا – خطاب الضمان يقبل التخفيض ، فما دام رب العمل يملك طلب صرف قيمة خطاب الضمان بالكامل دون قيد أو شرط ، فهو يملك بداهة أن يقصر طلبه على جزء من القيمة مع التحفظ بالحق ببقاء الخطاب ساريا بما تبقى منه ، وذلك مشروط بداهة بألا يتفق فى الضمان ذاته على أنه لا يقبل التجزئة .

وعادة ما يتفق فى خطاب الضمان النهائى على التخفيض التلقائى أو التدريجى للضمان بما يتماشى مع تنفيذ المقاول أو المورد لالتزاماته .

ومن ذلك النص فى خطاب الضمان على تخفيض كميته بنسبه ٩٠٪ إذا ما قدم شهادة من رب العمل بالاستلام النهائى للعمل ، فهنا تنخفض قيمة الضمان إلى ١٠٪ باعتبار أن ما بقى من التزامات على عاتق المقاول أو المورد هو مجرد ضمان الصلاحية أو ضمان المادة التى صنعت منها الماكينات أو العيوب الفنية ، فليس ما يدعو إلى بقاء قيمة الضمان على حالتها الأولى [٧] .

شرط التحكيم :

٨٢ إذا نشب نزاع بين الطرفين فى مرحلة تنفيذ العقد ، ولم يستطع أى من الطرفين إقناع الآخر بوجهة نظره ، فالوضع الطبيعى هو الالتجاء إلى القضاء . وهو أمر قد يؤدى إلى توقف التنفيذ لمدة طويلة مما يهدد مصير العقد فى ذاته . ولتفادى هذه النتيجة ، وحتى يضمن الطرفان حسم المنازعات التى تقوم بينهما على وجه السرعة ، فإنهما عادة ما يدرجان شرط التحكيم فى العقد.

ومن مزايا اللجوء إلى التحكيم – فضلاً عن السرعة فى حسم النزاع – إمكان عرض الموضوع على هيئة تحكيم تتكون من أفراد ممن تتوافر لهم الدراية والخبرة من النواحى الفنية والمالية ، بدلاً من عرض المسألة على الخبراء عن طريق القضاء .

وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على التحكيم بصدد نزاع معين بمشارطة تحكيم مستقلة توقع بعد قيام النزاع ، وتحدد موضوع التحكيم وكيفية الفصل فيه واختيار المحكمين . ولكن المألوف فى العمل هو إدراج شرط عام للتحكيم فى متن العقد ، وعندئذ يمتنع اللجوء إلى القضاء [8] .

ويحدد شرط التحكيم إجراءات عرض النزاع على هيئة التحكيم وكيفية تشكيل هذه الهيئة ومكان وزمان اجتماعها . وعادة ما يتكفل القانون ببيان كيفية التصديق على حكم هيئة التحكيم من قبل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، ومن ثم يصبح الحكم واجب النفاذ بنفس الطريقة التى تنفذ بها الأحكام الصادرة عن القضاء .

على أنه إذا صدر حكم هيئة التحكيم فى الخارج ، فإنه لا ينفذ فى الداخل إلا بالطريقة التى تنفذ بها الأحكام الأجنبية [9] .

وعادة ما يحيل شرط التحكيم إلى الإجراءات السارية لدى منظمة دولية للتحكيم ، مثل محكمة الغرفة التجارية الدولية للتحكيم بباريس . ويحدد نظام هذه المحكمة كيفية عرض الأمر على التحكيم وكيفية اختيار المحكمين ، وكيفية سماع دفاع الطرفين وإصدار الحكم فى النزاع .

وهناك العديد من الاتفاقيات الدولية التى تنظم كيفية الاعتراف بأحكام هيئات التحكيم الأجنبية وتنفيذها فى غير البلاد التى صدرت فيها [10] . ومن ذلك اتفاقية التصديق والتنفيذ لأحكام التحكيم الأجنبية التى أقرتها الأمم المتحدة فى نيويورك فى ١٠ يونيه ١٩٥٨ والتى بدأ العمل بها فى ١٩٥٩/٩/٢٤م . وكذلك اتفاقية واشنطون بشأن تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين الدول والتى بدأ العمل بها فى ١٤ أكتوبر ١٩٦٦م .

وهناك أيضا قواعد التحكيم التى أقرتها الأمم المتحدة فى عام ١٩٧٧م ، وتلك التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى اجتماعها الخامس والثلاثين بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٨٠م .

كذلك وقعت الدول العربية فيما بينها اتفاقية التعاون القضائى بين الدول العربية فى ٦ أبريل ١٩٨٣م بالرياض ، وبدأ العمل بها فى أكتوبر ١٩٨٥م .

شرط القوة القاهرة :

٨٣ من المتفق عليه أن القوة القاهرة تؤدى إلى انقضاء الالتزام ، وبالتالى لا مسئولية على الطرف الذى لم ينفذ التزامه بسبب القوة القاهرة ، ولا يلتزم بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه . وإذا أدت القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ الالتزام زال هذا الالتزام ، وبالتالى انفسخ العقد بقوة القانون .

والقوة القاهرة هى كل أمر غير متوقع ومستحيل الدفع يجعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه أمرا مستحيلا . ويضيف القضاء الحديث شرطا ثالثا لإمكان الدفع بالقوة القاهرة ، وهو أن يكون هذا الأمر أو الحدث خارجيا بالنسبة إلى المتعاقد . فالأمور الداخلية أو الذاتية أو النابعة من المتعاقد أو منشأته أو عماله أو تابعيه ، لا تعد من قبل القوة القاهرة ، مثل إضراب العمال أو احتراق المنشأة ، أو مرض المدين إذا لم يكن شخصه جوهريا فى تنفيذ الالتزام ، أو هلاك معدات المدين أو مصانعه . أما الأحداث الخارجية مثل الإضراب العام للعمال أو عمال الموانى أو الأوامر الحكومية بمنع التصدير أو منع التعامل مع رعايا بلد معين ، فإنها تعفى من تنفيذ الالتزام [١١] .

على أنه لما كان تحديد الأمور والأحداث التى تعد من قبيل القوة القاهرة مسألة قد يثور حولها الخلاف ، فإنه عند صياغة مشروع العقد يفضل الطرفان عادة تخصيص شرط لبيان حالات القوة القاهرة وأثرها وكيفية التصرف من قبل الطرفين فى هذه الحالة .

ومن النصوص المألوفة لشرط القوة القاهرة أنه « إذا تعذر على أحد الطرفين تنفيذ أى من التزاماته الواردة فى هذا العقد بسبب القوة القاهرة ، مثل : أعمال الحرب الدولية أو الحروب الأهلية أو الاضطرابات العامة أو الإضراب العام أو الأوامر الحكومية أو الكوارث الطبيعية ، فعليه إخطار الطرف الآخر بذلك فورا . ويترتب على قيام حالة من حالات القوة القاهرة توقف العقد ، ويتوقف كل من الطرفين عن تنفيذ التزاماته . ويتعهد الطرفان عندئذ بالاجتماع خلال عشرة أيام لتدبر الأمر واتخاذ الإجراءات الوقتية التى تكفل المحافظة على حقوق كل من الطرفين . فإذا استمرت حالة القوة القاهرة لمدة تزيد على ستة أشهر ، أصبح هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، عندئذ يجتمع الطرفان لتسوية حقوقهما عن الفترة السابقة على قيام القوة القاهرة » [١٢] .

شرط المفاوضات :

٨٤ ومن الشروط المألوفة فى العقود الكبيرة ، والتى تهدف إلى تلافى أى عقبات تحول دون تمام العقد ، شرط المفاوضات .

وبمقتضى هذا الشرط يتعهد كل من الطرفين بالدخول فى المفاوضات بصدد كل نزاع ينشأ بينهما بصدد تنفيذ العقد . ويحدد هذا الشرط إجراءات بدء المفاوضات والأسس التى تقوم عليها .

وإذا تم الاتفاق على التفاوض ، فإن ذلك لا يمنع أيًا من الطرفين من اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم مباشرة ؛ وذلك بسبب بطلان أى قيود اتفاقية تحول بين الشخص وبين ممارسة حقه الطبيعى فى الاحتكام إلى القضاء أو التحكيم . ولكن القضاء إذا نظر الدعوى كان له أن يعتبر نكول أحد الطرفين عن التفاوض مما يعد فى ذاته خطأ عقديًا يجب التعويض عنه ، ويشمل التعويض فى هذه الحالة ما قد يترتب على التعسف فى الامتناع عن التفاوض من عرقلة الوصول إلى اتفاق يحد من الأضرار، أو اتخاذ إجراءات تحفظية لحماية مصالح الطرفين [١٣] . ويكون للقاضى أو لهيئة التحكيم أن تتخذ من تجاهل أحد الطرفين لشرط التفاوض قرينة قضائية على عدم سلامة موقفه وعلى سوء نيته ، لأن القاعدة أن مراعاة حسن النية واجب عقدى لا جدال فيه .

ومن النصوص المألوفة لشرط المفاوضات النص على « أنه إذا نشب نزاع بين الطرفين بصدد تنفيذ أى من الالتزامات المنصوص عليها فى هذا العقد ، وجب عليهما التفاوض بعضهما مع بعض قبل اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم . وعلى الطرف الشاكى أن يخطر الطرف الآخر بخطاب مسجل بذلك . وعلى الطرف الآخر أن يستجيب فورا بإرسال ممثليه إلى مكان الاجتماع المقترح أو الذى يتفق عليه وفى الموعد المعقول . وعلى الطرفين أن يبذلا جهدهما لاحتواء سبب النزاع بمراعاة مبدأ حسن النية واحترام نصوص العقد . فإذا ما تم الاتفاق على تذليل العقبة التى صادفت التنفيذ ، يتم تحرير بروتوكول بذلك ، ويلتزم كل من الطرفين بتنفيذ هذا الاتفاق ، ويعتبر مكملاً لهذا العقد بما قد يرتبه من حقوق أو التزامات جديدة . أما إذا فشل الطرفان فى التوصل إلى حل فإنه يتم اللجوء إلى التحكيم مع عدم الإخلال بحقوق كل من الطرفين تجاه الآخر [١٤] .

المبحث الثانى
الشروط المتعلقة بعدم تنفيذ العقد

شرط وقف العقد :

٨٥ في العقود الملزمة للجانبين ، إذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه الذى حل أجله ، جاز للطرف الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه . فالالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين تترابط فيما بينها ، بحيث يصبح كل طرف ملتزما بسبب التزام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه . فإذا لم ينفذ أحدهما التزامه فليس من مبرر لإلزام الطرف الآخر بأن يستمر فى التنفيذ برغم ذلك . فلا يجوز إلزام رب العمل بالاستمرار فى دفع أقساط الآلات والمعدات فى الوقت الذى توقف فيه المورد عن التوريد [١٥].

ويسمى الامتناع عن التنفيذ ، بالدفع بعدم التنفيذ ، بمعنى أنه إذا طلب الطرف الممتنع ، من الطرف الآخر تنفيذ التزامه ، كان لهذا الأخير أن يدفع بعدم التنفيذ لأن المدعى ممتنع عن تنفيذ التزامه . وبمعنى آخر يجوز لرب العمل أن يدفع مطالبته بالاستمرار فى أداء أقساط الثمن ، بأن المورد أو المقاول ممتنع عن التنفيذ .

ولا يلزم لإعمال الدفع بعدم التنفيذ صدور حكم من القضاء ، بل يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بالامتناع عن التنفيذ دون حكم قضائى ، فإذا لجأ الطرف الآخر إلى القضاء ، أمكن الدفع بعدم التنفيذ ، وعندئذ يقره القضاء على موقفه هذا بعد التحقق من سلامته [١٦] .

ولتنظيم هذا الحق يلجأ الطرفان إلى إدراج شرط فى العقد يسمى شرط وقف العقد، لتحديد مدى الحق فى الامتناع عن التنفيذ ولتحذير الطرف الآخر ولتحديد مدة الامتناع .

وتجرى صياغة هذا الشرط فى العادة على النحو التالى :

« إذا امتنع أحد الطرفين عن تنفيذ أى من التزاماته المنصوص عليها فى هذا

العقد، وجب على الطرف الآخر إخطاره بخطاب مسجل بأن ينفذ التزامه ، فإذا لم يستجب كان للطرف المضرور أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزاماته ، ودعوة الطرف الآخر إلى الدخول فى مفاوضات للوصول إلى حل مقبول من الطرفين . ويلتزم كل من الطرفين بالمحافظة على حقوق الطرف الآخر واتخاذ الإجراءات الوقتية والمناسبة خلال فترة توقف العقد . فإذا فشلت المفاوضات ، وظل العقد موقوفا لمدة تزيد على ستة أشهر ، كان للطرف المضرور أن يخطر الطرف الآخر بخطاب مسجل بفسخ العقد دون حاجة إلى حكم من القضاء أو هيئة التحكيم ، مع حفظ حق الطرف المضرور فى كافة الحقوق التى رتبها له العقد قبل الفسخ ، وفى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه [١٧] » .

شرط فسخ العقد :

٨٦ فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضٍ . ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك . كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته [١٨] . وهذا هو الفسخ القضائى الذى يجب أن يسبقه توجيه إنذار إلى المدين بتنفيذ التزامه ، وإلا تعرض للحكم عليه بفسخ العقد ، وإن كان رفع دعوى الفسخ يعد فى ذاته إعذارا للمدين .

ويجب لوقوع الفسخ القضائى رفع دعوى قضائية ، وصدور الحكم فيها بالفسخ . ولكن إذا رفعت هذه الدعوى ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتميا ، بل يظل هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ . فيكون للدائن ، بعد أن يرفع دعوى الفسخ ، أن يعدل عن طلب الفسخ ، قبل النطق بالحكم ، إلى طلب التنفيذ . كما أنه إذا رفع الدعوى بطلب التنفيذ، فله أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ .

وللمدين كذلك قبل النطق بالحكم فى دعوى الفسخ ، أن ينفذ التزامه ، فيمتنع بذلك على القاضى الحكم بالفسخ .

وليس القاضى ملزما بالحكم بالفسخ ، بل إن له فى ذلك سلطة تقديرية . فهو يقدر ظروف عدم التنفيذ فيحكم بالفسخ إذا رأى أن الظروف تبرر ذلك . وقد لا يحكم بالفسخ ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه ، ولا يحكم القاضى بالفسخ إذا كان ما لم يقم المدين بتنفيذه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته . ولكن إذا طلب الدائن التنفيذ ، فليس للقاضى أن يحكم بالفسخ ، فالفسخ لا يقضى به إلا بناء على طلب الدائن .

وإذا فسخ العقد أعيد الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض .

ويتبين من ذلك أن طريق الفسخ القضائى قد لا يحقق للطرف المضرور حلاً حاسما بالتخلص من العقد ، وقد يتيح للطرف الممتنع عن التنفيذ توقى الفسخ بالتنفيذ أو بطلب مهلة يستجيب لها القاضى .

ولكن من الناحية العملية ، قد يرغب الطرفان عند إعداد مشروع العقد ، فى جعل جزاء فسخ العقد جزاء فعالاً وحاسما ، مما يدفع كلا منهما إلى عدم التوانى فى تنفيذ التزامه . وهما لذلك يعدلان من أحكام الفسخ ، عن طريق ما يسمى بالفسخ الاتفاقى ، أى الاتفاق على شرط الفسخ فى العقد .

والفسخ الاتفاقى أو شرط الفسخ ، الذى ينص عليه فى العقد ، يتدرج إلى عدة درجات تتفاوت فيما بينهما من حيث القوة [١٩] . فهناك أولاً الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه . ومثل هذه العبارة ما هى إلا ترديد للقواعد العامة ، وهى لا تغنى عن ضرورة الإعذار ولا عن الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ ، وهى لا تسلب القاضى سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ أو إمهال المدين ، كما أنها لا تسلب المدين فرصة توقى الحكم بالفسخ عن طريق المبادرة إلى تنفيذ التزامه قبل النطق بالحكم .

وهناك ثانيا الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه . وفى هذه الحالة لا يعفى الدائن من واجب الإعذار ، ويجب عليه رفع الدعوى إلى القضاء بطلب الفسخ . ولكن هذا الشرط يسلب القاضى سلطته التقديرية فى المفاضلة بين الفسخ وإمهال المدين ، إذ يجب على القاضى أمام هذا الشرط أن يحكم بالفسخ .

وهناك ثالثا الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . وفى هذه الحالة لا تكون هناك حاجة إلى رفع دعوى الفسخ ، ولكن يجب إنذار المدين ، فإن ظل ممتنعا عن التنفيذ فسخ العقد . ولكن الدائن عادة ما يجد نفسه مضطرا إلى الالتجاء إلى القضاء إذا ما نازع المدين فى توافر شرط الفسخ . وعندئذ يقتصر دور القاضى على التحقق من أن المدين قد أخل بالتزامه ، فإن تحقق من ذلك حكم بالفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية ، ويكون الحكم بالفسخ هنا مقررا لهذا الفسخ وليس منشئا له .

وهناك رابعا الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار أو تقاض ، وهذا أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة . ففى هذه الحالة يصبح العقد مفسوخا بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به ، ودون حاجة إلى إنذاره ، ودون حاجة إلى صدور حكم من القضاء بذلك ، ولا يجوز للقاضى فى هذه الحالة – إذا ما رفعت إليه الدعوى برغم عدم الحاجة إليها – أن يمنح المدين مهلة للتنفيذ .

على أن الفسخ التلقائى فى الحالتين الأخيرتين مقرر لمصلحة الطرف الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، فله أن يتمسك بالفسخ ، وله أن يطالب بالتنفيذ [٢٠]. والقول بغير ذلك يؤدى إلى أن يصبح بقاء العقد تحت رحمة المدين إن شاء امتنع عن التنفيذ فيفسخ العقد ، وللدائن أن يتمسك بالفسخ دون أن يرفع دعوى بذلك .

وإذا فسخ العقد تنفيذا لشرط الفسخ اعتبر العقد كأن لم يكن ، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد مع الحكم بالتعويض إن كان له مقتضٍ .

الشرط الجزائى :

٨٧ إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه العقدى ، فالجزاء هو إلزامه بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر من جراء هذا الإخلال . ويصدق ذلك سواء تمثل هذا الإخلال فى الامتناع عن التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ المعيب أو التنفيذ غير الكامل .

والأصل أن يقدر القاضي هذا التعويض بمراعاة ما لحق الدائن من ضرر مباشر متوقع ، بل ويشمل التعويض أيضا الضرر المباشر غير المتوقع إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما ، كما يشمل التعويض أيضا الضرر المادى والضرر الأدبى ، وما فات المدين من كسب وما لحقه من خسارة .

ويترتب على ذلك أن مقدار التعويض لا يكون معروفا سلفا ، بل هو يتوقف على مدى الضرر الذى يتحقق . فقد يكون التعويض كبيرا بسبب فداحة الضرر فيرهق المدين ، وقد يكون التعويض قليلاً بسبب بساطة الضرر مما قد يغرى المدين بعدم تكملة التنفيذ (٢١) .

ولكن قد تتلاقى مصلحة الطرفين فى العقد على تحديد قدر التعويض بطريقة أخرى (٢٢) . فقد يرغبان فى زيادة قدر التعويض إما لحث المدين على عدم التقصير وإلا تحمل بتعويض كبير ، وإما لأن المدين يريد أن يبعث الثقة فى نفس الدائن بأنه قادر على تنفيذ التزامه ، فيقبل الالتزام بتعويض كبير عند عدم التنفيذ . وبالعكس من ذلك قد يرغب الطرفان فى التقليل من قدر التعويض ، وذلك فى الفرض الذى يرى فيه المدين أن اقتصاديات العقد لا تسمح له بأن يتحمل فى النهاية تعويضا كبيرا عن خطأ يسير يسبب أضرارا كثيرة مما يهدد باستبعاد كل ما حققه من ربح من وراء العقد .

ولتحقيق هذه الأغراض يلجأ الطرفان إلى تحديد مقدار التعويض باتفاق مسبق فيما بينهما ، على أساس التوقع بأن الضرر الذى قد يترتب من جراء الإخلال بالالتزام يساوى قدرا معينا من النقود ، أو على أساس مراعاة اعتبارات معينة فى زيادة قدر التعويض أو فى تخفيضه . ومن ثم فهما لا يتركان الأمر لتقدير القضاء أو هيئة التحكيم ، بل يعرف كل طرف مسبقا مدى حقوقه والتزاماته ، بما فى ذلك ما قد يتحمل به من تعويض عند عدم تنفيذه لهذه الالتزامات (٢٣) .

ومثل هذا الاتفاق صحيح وجائز قانونا ، باعتبار أن العلاقة العقدية هى وليدة إرادة الطرفين ، ومن ثم كان لهما أن يحددا أبعادها باتفاقهما على مدى الحقوق والالتزامات والتعويضات التى يرتبها العقد (٢٤) .

ويسمى مثل هذا الاتفاق بالشرط الجزائى باعتبار أن الطرفين يشترطان فيما بينهما قدر الجزاء الذى يتحمله المدين عند الإخلال بالتزاماته . كما يعرف أيضا باسم

التعويض الاتفاقى تمييزا له عن التعويض القضائى الذى يحدده القاضى عند عدم الاتفاق على مدى التعويض .

على أن حرية الطرفين فى تحديد مقدار التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى ، قد تؤدى إلى نتائج غير مقبولة . فقد يتسم التعويض الاتفاقى بالمغالاة الكبيرة التى لا تتناسب مع مقدار الضرر ، إما لتهديد المدين ، وإما لسوء تقدير لمدى الضرر المتوقع، أو لفرط ثقة المدين فى مقدرته على الوفاء بالتزامه .

وقد يتسم التعويض الاتفاقى بالبخس مما يغرى المدين بتعمد عدم تنفيذ التزامه لتحقيق مكاسب أخرى ، فيترك العملية إلى غيرها تكون أكثر ربحا ، ما دام لن يلتزم إلا بتعويض ضئيل [٢٥].

ولكن لأن التعويض الاتفاقى ما زال تعويضا حقيقيا الهدف منه هو جبر الضرر دون نقص أو زيادة ، وليس عقاب المدين ، فإن حرية الطرفين فى تحديد مقداره تكون محل رقابة من القضاء حتى لا يخرج هذا الشرط الجزائى عن هدفه .

ولمعرفة مدى حق القضاء فى تعديل قيمة الشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى ، نعرض فيما يلى للفروض المختلفة الناتجة عن إخلال المدين بالتزامه :

الفرض الأول : التعويض الاتفاقى يقل عن مدى الضرر والمدين لم يرتكب غشا ولا خطأ جسيما . ففى هذه الحالة لا يملك القاضى زيادة التعويض الاتفاقى باعتبار أن هناك اتفاقا مسبقا بين الطرفين على تقدير الضرر بمبلغ محدد من النقود ، وقد كان هذا التقدير هو الأساس الذى قامت عليه اقتصاديات العقد من وجهة نظر كل من الطرفين [٢٦] .

الفرض الثانى : التعويض الاتفاقى يقل عن مدى الضرر ، وقد ارتكب المدين غشا أو خطأً جسيما . فالمدين هنا قد استغل ضآلة التعويض فتعمد عدم التنفيذ أو أهمل إهمالاً جسيما فى تنفيذ التزامه ، ومن ثم فقد تجرد من الحماية ، ووجب إعادة الوضع إلى حالته الطبيعية ، وهى التعويض الكامل أى التعويض بقدر الضرر . فهنا لا يلتفت القاضى إلى مقدار التعويض الاتفاقى ، ويحكم بتعويض يعادل مقدار الضرر .

الفرض الثالث : الدائن لم يلحقة أى ضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه . وهنا لا يحكم القاضى باستحقاق التعويض الاتفاقى ، باعتبار أنه ما زال نوعا من التعويض ،

ولا تعويض حيث لا ضرر . ويلاحظ أن هذه القاعدة تقتصر على عقود القانون الخاص ، أما فى العقود الإدارية فإن إخلال المقاول بالتزامه يؤدى إلى استحقاقه غرامات التأخير باعتبار أن الإخلال بالمصلحة العامة يعتبر ضررا مفترضا لا حاجة إلى إثباته ولا وسيلة إلى نفيه [٢٧] .

الفرض الرابع : التعويض الاتفاقى مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . وهنا يعد التعويض قد خرج عن وظيفته وهى جبر الضرر ، ليقوم بوظيفة أخرى غريبة عليه وهى عقاب المدين وردعه . وبالتالى يجوز للقاضى أن يخفض قيمة التعويض الاتفاقى إلى الحد المعقول ليرجع به إلى وظيفته الطبيعية [٢٨] .

الفرض الخامس : المدين نفذ جزءا مهما من التزامه . وفى هذه الحالة يملك القاضى تخفيض مقدار الشرط الجزائى بما يتناسب مع القدر الذى نفذه المدين من التزامه ، باعتبار أنه يفترض أن التعويض الاتفاقى قد تحدد على أساس عدم التنفيذ الكامل للالتزام [٢٩] .

ويلاحظ على التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى أنه التزام تابع للالتزام الأصلى ، فإذا زال هذا الالتزام الأصلى زال الشرط الجزائى بالتالى . ومن ثم إذا أبطل العقد أو فسخ فأصبح كأن لم يكن ، فإن العقد يزول بما فيه من شرط جزائى ، ويحكم القاضى بالتعويض دون التفات إلى مقدار الشرط الجزائى .

كما يلاحظ ثانيا أن التعويض الاتفاقى ليس التزاما بدليا ، فلا يملك المدين أن يختار أداء التعويض الاتفاقى ليتفادى التنفيذ العينى للالتزام الأصلى ما دام هذا الأخير ممكنا. فإذا التزم البائع بتسليم الأرض المبيعة ، فلا يجوز له أن يختار أداء قيمة الشرط الجزائى ليتوصل إلى إعفائه من التسليم ، بل يحكم عليه القاضى بالتنفيذ الجبرى ما دام هذا ممكنا . كذلك لا يملك الدائن المطالبة بقيمة الشرط الجزائى إذا عرض المدين تنفيذ التزامه عينا . فالتعويض دائما التزام احتياطى لا نلجأ إليه ما دام تنفيذ الالتزام الأصلى ما زال ممكنا .

ويلاحظ ثالثا أنه يجوز تجزئة الشرط الجزائى فى العقد ، وهذا ما يحدث عادة فى عقود المقاولات وعقود التوريد الكبيرة ، حيث يشترط مبلغ محدد عن التأخير فى تسليم المعدات ، ومبلغ آخر عن عدم تقديم الرسومات الهندسية ، وثالث عن عدم التركيب فى الميعاد ورابع عن فشل اختبارات الضمان فى إثبات كفاءة المعدات والماكينات وهكذا [٣٠] .

شرط تحديد المسئولية العقدية :

٨٨ الأصل أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدى تنفيذا عينيا ؛ أى أنه يلتزم بتنفيذ عين ما تعهد به فى العقد . ولا يجبر الطرف الآخر على قبول أى أداء آخر غير ما اتفق عليه بالعقد ، ولو كان أفضل منه . فإذا أخل المتعاقد بالتزامه ، بأن امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو كان التنفيذ جزئيا أو معيبا ، فإنه يلتزم بالتعويض .

والتعويض العقدى هو جزاء الإخلال بالالتزام الذى فرضه العقد ، وهو ما يعبر عنه بالمسئولية العقدية . فالإخلال بالالتزام العقدى يعد فى ذاته خطأ عقديا ، فإذا ما نتج عن هذ الخطأ ضرر للمتعاقد الآخر فالجزاء هو التعويض .

ولما كان الأصل هو التنفيذ العينى ، فإن المدين يجبر عليه ما دام ممكنا وغير مرهق له ولا يتطلب تدخلاً شخصيا من جانبه . فإذا استحال التنفيذ العينى بفعل المدين ، فإنه يلتزم بالتعويض . ولكن إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى القوة القاهرة فلا يحكم بالتعويض ، باعتبار أن القوة القاهرة تعفى من الالتزام ، وبالتالى فلا محل للتنفيذ بمقابل ؛ أى بطريق التعويض .

والقاعدة أن المسئولية العقدية تؤدى إلى التعويض الكامل الذى يغطى كل ما لحق الدائن المضرور من ضرر مادى وضرر أدبى ، وما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، بصرف النظر عن بساطة الخطأ ؛ فالخطأ البسيط قد يؤدى إلى أضرار جسيمة ، فيلتزم المدين مع ذلك بتعويضها ما دامت أضرارا مباشرة ومتوقعة [٣١] .

على أنه فى العقود الكبيرة عادة ما يدخل المتعاقد فى العقد على أساس ملاءمات مالية واقتصادية معينة ، تسمى باقتصاديات العقد . فهو يحدد الأسعار والثمن على أساس التكلفة ونسبة معقولة من الربح ، ويدخل فى حساب التكلفة ما قد يتحمله من التزام بالتعويض .

ولكن لما كان الالتزام بالتعويض غير محدد ، بل يتوقف مقداره على الضرر الذى قد يلحق بالمتعاقد الآخر ، فإن المقاول أو المورد يضطر إلى زيادة الأسعار أو الثمن لمواجهة أسوأ الاحتمالات ، وهذا ما لا يتفق مع سياسة المنافسة التى تملى عليه تخفيض أسعاره .

ولمواجهة هذه المشكلة ، أى مشكلة ما قد يلتزم به المتعاقد من تعويض غير محدد، يسعى إما إلى نظام الشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى الذى أشرنا إليه ، وإما إلى شرط تحديد المسئولية العقدية .

وبموجب شرط تحديد المسئولية ، يتفق الطرفان على أن الحد الأقصى للتعويض الذى قد يلتزم به المتعاقد لا يتعدى رقما معينا أو نسبة معينة من قيمة العقد .

والفرق بين الشرط الجزائى وشرط تحديد المسئولية هو أن الشرط الجزائى قد يتجاوز مقدار الضرر دون مغالاة ، فيلتزم به المدين . كما أنه يجب على المدين إذا أراد أن يفلت من الالتزام بالشرط الجزائى أن يثبت انعدام الضرر أو التنفيذ الجزئى للالتزام أو المغالاة الكبيرة فى قيمة الشرط بالنسبة إلى الضرر الذى وقع فعلاً . هذا بينما فى شرط تحديد المسئولية يحسب التعويض على أساس قدر الضرر ولكن دون تجاوز حد أقصى معين [٣٢] . فإذا قلنا إن الضرر يساوى ألفا ، الشرط الجزائى ألف وخمسمائة ، التزم المدين بألف وخمسمائة ، بينما إذا كان الحد الأقصى للمسئولية هو ألف وخمسمائة ، وكان الضرر يساوى ألفا التزم المدين بألف وحسب . وعند تجاوز قيمة الضرر لمقدار الشرط الجزائى أو للتحديد للمسئولية ، فإن كلا الشرطين يستويان فى النتيجة ، وهى أن المدين لن يلتزم بأكثر من المبلغ المتفق عليه والذى يعتبر حدا أقصى فى الحالتين ، ما دام المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما .

يضاف إلى ذلك أنه إذا كان الشرط الجزائى يفترض أن ضررا قد وقع وأنه ناتج عن خطأ المدين وأنه يساوى أو يزيد على قيمة الشرط الجزائى وعلى المدين إثبات العكس، فإنه فى حالة تحديد المسئولية يظل عبء الإثبات على عاتق الدائن ، فعليه أن يثبت خطأ المدين وما لحقه هو من ضرر يساوى أو يجاوز الحد الاقصى ، وذلك حتى يتوصل إلى الحصول على هذا الحد الأقصى [٣٣] .

ومن ناحية أخرى قد يكون شرط تحديد المسئولية هو الشرط الأكثر توافقا مع نظام العقد فى ذاته . فالشرط الجزائى رقم محدد يواجه فى العادة الالتزام العقدى فى مجموعه ، وهو يصلح للعقود التى يكون التزام المدين فيها جملة واحدة ، مثل تسليم شيء أو تقديم دراسة فنية خلال مدة معينة . بينما فى العقود الكبيرة تتوزع التزامات المدين إلى عناصر لها استقلال ذاتى ، يتحدد لكل عنصر منها جزاء مستقل ، ويكون

تحديد المسئولية منصبا على مجموع هذه الجزاءات [٣٤]. مثال ذلك أنه فى عقود توريد وتركيب المصانع ، تفرض غرامة عن كل أسبوع يتأخر فيه تسليم المعدات ، وغرامة ثانية عن التأخير فى التركيب ، وثالثة عن عدم تقديم الرسومات الهندسية والتصميمات ، ورابعة عن عدم التشغيل فى الميعاد ، وغرامة خامسة عن نقص إنتاجية الآلات عن المستوى المتفق عليه ، وسادسة عن عيوب الآلات ، وسابعة عن عدم إرسال فريق الخبراء لإدارة المصنع بعد التشغيل . ويكون مجموع هذه الغرامات إذا اجتمعت وتحققت ما يعادل ٣٥ ٪ ، مثلا من قيمة العقد ، فيتفق فى شرط خاص على أنه يجوز إلزام المورد بكل هذه الغرامات ، ولكن لا يجوز بحال أن يتجاوز ما يلتزم به المورد من غرامات وتعويضات أخرى ١٠٪ من قيمة العقد .

وبهذه الطريقة يستطيع المقاول أو المورد أن يحدد أسعاره منذ البداية ، على أساس التكلفة ، أو على أساس أنه فى أسوأ الفروض لن يدفع تعويضات تجاوز ١٠٪ من قيمة العقد [٣٥].

على أن مثل هذا التحديد للمسئولية قد يغرى المقاول أو المورد بالإخلال بالتزامه ما دام لن يلتزم بأكثر من مبلغ محدد أو نسبة معينة من قيمة العقد ، وبخاصة إذا كان هذا الإخلال يحقق له كسبا . مثال ذلك أن يحصل المقاول أو المورد على عقد جديد تصل أرباحه إلى ١٠٠٪ من قيمة التكلفة ، فيغريه ذلك على ترك العقد الذى ارتبط به فعلاً ، ويدفع ١٠٪ تعويضا ، وينصرف إلى العقد الجديد فيحقق كسبا .

وفى مواجهة ذلك فالقاعدة المؤكدة أن شرط تحديد المسئولية العقدية يصبح عديم الأثر إذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما ، ويلتزم المدين عندئذ بالتعويض الكامل [٣٦]. ففى المثال السابق يلغى شرط تحديد المسئولية بنسبة ١٠٪ من قيمة العقد ، ويلتزم المدين بتعويض الدائن عن كل الضرر المتوقع وغير المتوقع ، الذى لحق به ، ما دام قد امتنع عمدا عن تنفيذ التزامه ليحقق بذلك ربحا أكبر عن طريق التعاقد مع الغير على حساب تعطيل أعمال الدائن الأول .

هذا وتتضمن نصوص القانون عادة استثناء على هذه القاعدة السابقة ، من أنه لا يؤثر فى صحة شرط تحديد المسئولية أن يكون الغش أو الخطأ الجسيم قد وقع من أشخاص يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه وليس منه هو بشخصه ، ما دام قد اتفق

على ذلك فى العقد [٣٧] . ففى عقود النقل مثلا يظل شرط تحديد المسئولية قائما وصحيحا ، إذا اتفق على أنه يشمل الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم من تابعى الناقل ، ويبدو أن المبرر لهذا الاستثناء هو أن التابعين يعملون عادة بعيدا عن المدين ، وأنه لم يقصد الإضرار بالدائن ، وأن هذه هى الوسيلة المهمة لتمكين الشركات من تخفيض أسعار خدماتها – ما دامت ستتحمل تعويضا محدودا عند فقد الطرود فى أثناء النقل مثلا – فيستفيد الراكب أو الشاحن نفسه من وقوف أسعار الخدمات عند حد معقول [٣٨] .

ونشير إلى أن التسوية بين الغش أو الخطأ العمد وهو تعمد الإضراربالدائن ، والخطأ الجسيم وهو توقع حدوث الضرر من وراء الفعل الذى أقدم عليه المدين ، يرجع إلى اعتبارات عملية ، حتى لا يتقنع المدين بالغباء مدعيا الخطأ الجسيم ليفلت من جزاء الخطأ العمد [٣٩] .

شرط التخفيف من المسئولية :

٨٩ وقد يلجأ أحد المتعاقدين إلى التخفيف من مسئوليته ، وذلك عن طريق التقييد فى شرط الخطأ أو نوع الضرر القابل للتعويض أو مدى الالتزام . فالقواعد العامة للمسئولية العقدية تقضى بأن الخطأ – ولو كان يسيرا – يؤدى إلى التزام المدين بالتعويض عن كل الضرر الذى وقع نتيجة لهذا الخطأ ، ما دام ضررا مباشرا ومتوقعا ، ويشمل ذلك الضرر المادى والأدبى ، وهو يغطى كل الضرر المادى سواء كان حالاً أو محقق الوقوع ، وسواء كان فى صورة خسارة واقعة أو كسب فائت .

ولكن يمكن التخفيف من هذا الحكم عن طريق الاتفاق على أن المدين لا يسأل بالتعويض إلا عن خطئه الجسيم أو خطئه العمد ، فلا يسأل عن تعويض أى أضرار تكون ناتجة عن الخطأ اليسير . والخطأ اليسير ، كما سبق القول ، هو الانحراف عن مسلك الرجل العادى الذى يوجد فى الظروف الخارجية نفسها التى وجد فيها المدين ، أما الخطأ الجسيم فهو الانحراف فى السلوك برغم توقع حدوث الضرر ، والخطأ العمد أو الغش هو قصد الإضرار بالدائن [٤٠] .

ومن قبيل التخفيف من المسئولية أيضاً استبعاد بعض الأضرار من التعويض ، فيتفق مثلا على أن المدين يسأل عن تعويض الأضرار المترتبة على خطئه متى كانت أضرارا مباشرة ومتوقعة وفى صورة خسارة واقعة ، فيستبعد من ذلك مثلاً تعويض الكسب الفائت ، أو يتفق فى العقد على أن المدين لا يسأل عن تعويض أى أضرار أدبية لحقت بالدائن من جراء خطأ المدين ما دام المدين لم يرتكب غشا ولا خطأ جسيما . فتؤدى مثل هذه الاتفاقات إلى التخفيف من مسئولية المدين التى كانت تتسع فى الأصل لتغطى كل أنواع الضرر .

ويعد من قبيل التخفيف من المسئولية أيضا الاتفاق على أن المدين يلتزم وحسب ببذل العناية المعتادة برغم أن الالتزام كان فى الأصل التزاما بتحقيق نتيجة أو غاية معينة [٤١] . ففى مثل هذا النوع الأخير من الالتزامات ، مثل الالتزام بتسليم شىء أو إقامة منشآت فى موعد محدد ، أو تركيب آلات مصنع ، يصبح المدين مخطئا خطأ عقديا ، وبالتالى ملتزماً بالتعويض ، لمجرد عدم تحقق النتيجة أو الغاية المتفق عليها فى الميعاد ، ودون حاجة إلى إثبات تقصير المدين أو إهماله ، ودون أن يعفيه من الالتزام بالتعويض أن يثبت أنه قد بذل كل ما فى جهده فلم يفلح ، إذ يكفى أنه فشل فى تحقيق النتيجة التى تعهد بإنجازها . أما الالتزام ببذل عناية فهو أخف ، إذ يكفى أن يبذل المدين العناية التى يبذلها الرجل العادى فى مثل هذه الظروف ، فيكون قد حقق التزامه ولو لم تتحقق الغاية التى كان الدائن يرجوها من وراء التعاقد . فإذا التزمت شركة بإدارة مصانع شركة أخرى لمدة من الوقت ، يكفى أن تبذل العناية المعتادة فى أعمال الإدارة ، ولكنها لا تضمن تحقيق نتائج معينة من وراء هذا العمل [٤٢] .

ولذلك يعد نوعا من التخفيف من المسئولية الاتفاق على تحويل التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية وحسب . مثال ذلك الاتفاق على التزام المورد بتوريد ماكينات بمواصفات معينة وتركيبها وإدارتها بحيث تعطى إنتاجها المعتاد ، وينص فى العقد على أن التزام المورد هنا هو فى مجموعه التزام ببذل عناية ، فهو لا يضمن رقما معينا للإنتاج ، ولكنه ملتزم وحسب بأن يبذل فى كل هذه الأعمال ما يفعله المورد العادى ، فيكون بذلك قد حقق التزامه ، ولو لم تحقق الماكينات الإنتاج المعتاد لها .

ومن قبيل التخفيف من المسئولية أيضا التخفيف من درجة العناية المطلوبة من المدين فى أدائه للأعمال المطلوبة منه [٤٣] . فالأصل أن المدين يطالب ببذل عناية الرجل

العادى أى الرجل الوسط من نفس مهنته ، ولكن قد يزيد القانون من درجة العناية المطلوبة بما يجاوز عناية الرجل العادى ، مثل المستعير يجب عليه أن يبذل فى المحافظة على الأشياء المعارة العناية التى يبذلها فى المحافظة على أمواله الخاصة بما لا يقل عن عناية الرجل العادى . فإذا استعارت شركة من شركة أخرى رافعة أو شاحنة وجب على الشركة المستعيرة أن تحافظ عليها كما تحافظ على أموالها الخاصة ولو كانت تزيد على عناية الرجل العادى ، فإذا كانت تدير رافعاتها عن طريق مهندسين خبراء يجب أن تفعل الأمر ذاته فى الروافع المستعارة ، ولكن يمكن الاتفاق فى عقد العارية على أن الشركة المستعيرة لا تكلف بأكثر من عناية الرجل المعتاد فلا تكون هى مخطئة إن أدارت هذه الروافع المستعارة عن طريق عمال فنيين عاديين .

وفى هذا السياق يعد أيضا نوعا من التخفيف من مسئولية المدين الاتفاق على أن المودع لديه لا يلتزم بالمحافظة على الوديعة إلا بالقدر الذى يفعله بالنسبة لأمواله الخاصة ، ولو كان أقل من قدر عناية الرجل العادى ، فهذا نوع من التخفيف على المودع لديه - أى المدين - عن طريق التخفيف من قدر التزامه .

هذا ويبطل شرط التخفيف من المسئولية العقدية فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم من جانب المدين ؛ فالقاعدة أن المدين يتجرد هنا من أى حماية ويلتزم بالتعويض الكامل . كما يبطل الشرط أيضا إذا كان يؤدى إلى عدم مسئولية المدين عن واحد من التزاماته الرئيسية التى لا يقوم العقد بغيرها (٤٤) .

شرط التشديد فى المسئولية

٨٩م

وكما يتصور التخفيف من مسئولية المدين ، يتصور أيضا التشديد فيها مراعاة لدقة الالتزام ، وعادة ما يكون المدين قد تقاضى ثمنا أكبر للأعمال أو الخدمات المتفق عليها ، فى مقابل التشديد من مسئوليته . كما أن المدين نفسه قد يعرض هذا التشديد لبيث الثقة فى نفس الدائن وليغريه بقبول التعاقد .

ويقع التشديد فى المسئولية العقدية للمدين إما عن طريق التشدد فى تقييم مسلك المدين ، وإما فى التوسع فى نوع الأضرار التى يغطيها التعويض ، وإما فى مدى التزام المدين .

ولذلك يعد من قبيل التشديد فى المسئولية اعتبار بعض الأعمال التافهة أو البسيطة أو العادية نوعا من الخطأ الذى يسأل المدين عن نتائجه ، برغم أنه ما كان ليسأل عنها فى الأحوال العادية . مثال ذلك الاتفاق على أن يكون المدين مسئولاً عن تعويض الأضرار الناتجة عن أى فعل أو سهو لا يقع من الرجل شديد الحرص ، فيحاسب المدين إذن عن التأخير ولو لدقائق معدودة ، وعن عدم الاحتياط الذى يقع فيه الرجل العادى ، وعن أى هفوة من المعتاد التجاوز عنها وهكذا .

ومن قبيل التشديد فى مسئولية المدين الاتفاق على تحويل التزام كان فى الأصل التزاما ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة ، فيضمن المدين تحقق النتيجة برغم أن تحققها يتوقف على تدخل عوامل خارجية . ومن ذلك الاتفاق على أن التزام الشركة التى تتولى إدارة مصانع الشركة الأخرى تضمن تحقيق أرباح تصل إلى ٥٠٪ على الأقل فى نهاية السنة الأولى لتنفيذ العقد . ففى الأصل لم تكن الشركة التى تتولى الإدارة لتسأل إلا عن حسن أدائها للإدارة ، ولكنها فى ظل التشديد تسأل عن عدم تحقق النتيجة المتفق عليها ، ولو كانت قد بذلت كل ما فى وسعها فلم تفلح . وهى تلتزم بالتعويض دون حاجة إلى إثبات خطأ منها يتمثل فى سوء الإدارة ، بل يكفى إثبات عدم تحقق الأرباح المتفق عليها.

ومن قبيل التشديد فى المسئولية أيضا الاتفاق على أن يضمن المدين القوة القاهرة أو فعل الغير ، وهو فى الأصل ما كان ليسأل عن الأضرار الناتجة عن سبب أجنبى . فيتفق فى العقد على أن يضمن المورد وصول الماكينات سليمة إلى مخازن الطرف الأول ، ويلتزم بتعويض أى تلف أو نقص يحدث فيها ولو كان من فعل الغير ، أو حتى من فعل القوة القاهرة ، مثل : السيول أو العواصف أو الحروب [٤٥] .

كذلك يعد من قبيل التشديد فى مسئولية المدين الاتفاق على أن يشمل التزام المدين بعض الأضرار غير المباشرة ، مثل تعويض الأضرار غير المألوفة التى لا تحدث عادة من جراء خطأ مثل خطأ المدين ، أو التزام المدين بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ولو كان الخطأ المنسوب إليه لم يصل إلى درجة الخطأ العمد أو الخطأ الجسيم .

شرط الإعفاء من المسئولية :

٩٠

وكما يجوز وضع حد أقصى للمسئولية والاتفاق على التخفيف من المسئولية العقدية ، يجوز أيضا الاتفاق على إعفاء المدين من المسئولية عن عدم تنفيذ التزامه أو تنفيذه تنفيذا معيبا أو ناقصا أو متأخرا ، مع إعفائه من الالتزام بالتعويض فى كل هذه الحالات .

وقد كان القضاء ينفر فى بداية الأمر من هذا الشرط ولا يسمح به باعتبار أنه يكون أمرا غير أخلاقى أن يتعهد المدين بأمر ما ، مع اشتراط عدم المسئولية عن عدم تنفيذ ما تعهد به . ولكن الحاجة العملية دعت إلى إقرار هذا الشرط لتسهيل المنافسة التجارية ، وتمكين المستهلكين والمنتفعين بخدمات الشركات الكبيرة من الحصول على السلع والخدمات بأسعار أقل مقابل الموافقة على شرط عدم المسئولية فى حالة عدم تنفيذ الالتزام [٤٦] .

ولذلك يجوز الاتفاق على أن يلتزم المورد بالقيام بالتعديلات المطلوبة فى مصانع الطرف الأول ، ولكنه لا يكون مسئولاً عن أى تعويض من أى نوع إذا فشلت هذه التعديلات فى زيادة الطاقة الإنتاجية للمصنع .

على أنه لما كان شرط الإعفاء من المسئولية يؤدى إلى أن يكون مصير العقد فى يد المدين ، الذى قد يختار عدم التنفيذ أو التأخير فيه أو التنفيذ الناقص أو المعيب ، محتميا بشرط عدم المسئولية ، وفى ذلك إجحاف شديد بالدائن الذى لم تنصرف إرادته بحال إلى أن يدفع بغير مقابل ، فإن شرط عدم المسئولية أو الإعفاء من المسئولية العقدية يبطل فى الأحوال التالية :

١ - إذا ارتكب المدين غشا أو خطأً جسيما . فإذا امتنع المدين عمدا عن تنفيذ التزامه أو تأخر فيه عمدا بقصد الإضرار بالدائن ، لم يكن له أن يحتمى بشرط عدم المسئولية ، وإلا أصبح الالتزام إراديا يتوقف على إرادة المدين وحده ، وهو أمر يتنافر مع طبيعة الالتزام . كما لا يجوز للمدين أن يتذرع بجهله أو غبائه للإفلات من المسئولية [٤٧] .

٢ – إذا كان التزام المدين يتعلق بحماية حياة الإنسان أو سلامته فى جسمه أو فى اعتباره الأدبى . فقد استقرت أحكام القضاء على بطلان اتفاقات عدم المسئولية إذا كان التزام المدين يتعلق بكيان الإنسان ، فتبطل إذن شروط الإعفاء من المسئولية التى يشترطها ناقل الأشخاص ، ومنظم الرحلات ، والمستشفيات ، ومصحات الأمراض النفسية إذا كانت تؤدى إلى عدم مسئولية المدين عن المحافظة على سلامة الأشخاص [٤٨] .

٣ – الأحوال التى لا يسمح فيها القانون باشتراط عدم المسئولية العقدية للمدين . ومن ذلك أن الاتفاقات الدولية لا تسمح بإدراج شرط عدم المسئولية فى عقد نقل الأشخاص جوا أو بحرا ، ولا فى عقد نقل البضائع بطريق الجو أو البحر ، كما لا يسمح القانون باشتراط عدم مسئولية رب العمل عن الفسخ التعسفى لعقد العمل [٤٩] .



الهوامش

(1) Ware : Moore's Practical Agreements, lo ed. 1965, p. 157.
(2) Wallang : The international civil engineering contract, op. cit., 1974, p. 88.
(3) Ware : Moor's Practical Agreements, p. 165.
(4) Wincor : Contracts in plain english, p. 55.
(5) The law of contract, op.cit., cheshire and Furnston, 1972, p.114.
(6) Treitel : The law of contract, 4 ed. 1975, p. 144.
(7) Duncan : The international civil engineering contract, p. 88.
(8) Mathieu de Boisseson : le droit francais d'arbitrage, 1983.
(9) Ahdab (A. H.) : L'arbitrage dans les pays arabes, 1988.
(10) Mathiew de Boisséson : Le droit francais de l'arbitrage, 1983, -El Ahdab : L'arbitrage dans les poys arabes, 1988.
(11) Starck : Droit civil, Obligations, no 1423.
(12) Treitel : The law of contract, 4 ed, 1975, p. 160.
(13) Starck : Droit civil, Obligations, no 280 et s.
(14) Schmidt : Négociation en conclusion de contrats, no 375 et s.
(15) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 465 et s.
(16) Starck : Droit civil, Obligations, no 1636 et s.
(17) Treitel : The law of contract, p. 136.
(١٨) انظر على سبيل المثال المادة ١٥٧ من القانون المدني المصري .
(19) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 496.
(20) Weill et Terré : op. cit., no 496.
(21) Weill et Terré : Les obligations, no 432.
(22) Francis lemeunier : La pratique des contrats p. B3.
(23) Weill et Terré : Les obligations, no 456.
(24) Starck : Droit civil, Obligations, no 1488.
(25) Weill et Terré : op. cit., no 457.
(26) F. Chabas : La reforme de la clause penale, D. 1976, p. 533.
(27) Weill et Terré : op . cit., no 462.
(28) Boccara : La reforme de la clause penale, Sem. Jur. 1975. 1. 2742.
(29) Starck : Droit civil, Obligations, no 2131.
(30) Starck : Droit civil, Obligations, no 1500, 1501-Weill et Terré : Les obligations, no 459-Boccara : La réforme de la clause penale, Sem. Jur. 1975.I.2742 - Malaurie : La revision judiciaire de la clause penale, Rép. Defrénois, 1976, p. 533-F. Chabas : La reforme de la clause penale, D. 1976, Chron. 229.
(31) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 432.
(32) Weill et Terré : op. cit., no 446.

(33) Weill et Terré : op. cit., no 460.

(34) Francis Lemeunier : La pratique des contrats, p. B3.

(٣٥) وهذا هوالنهج الذى سارت عليه الاتفاقيات الدولية للنقل الجوى والبحرى ، من حيث تحديد مسئولية الناقل عن كل راكب أو عن كل طرد من البضائع ، بما لا يجاوز رقما معيناً من النقود ، وبالتالى تستطيع شركات النقل تحديد أسعارها على أساس تكلفة العمل ونسبة أرباح وحد أقصى للتعويض إذا وقع حادث ما .

(٣٦) انظر على سبيل المثال المادة ١/٢١٧ من التقنين المدنى المصرى .

(٣٧) انظر على سبيل المثال المادة ٢/٢١٧ من التقنين المدنى المصرى .

(38) Weill et Terré : op. cit., no 448.

(39) Weill et Terré : op, cit., no 406 .

(40) Weill et Terré :Droit civil, les obligations, no 445 et s.

(41) Starck : Droit civil, Obligations, no 1483.

(42) Starck : op. cit., no 1483.

(43) Starck : op. cit., 1483.

(44) Starck : op. cit., no 1484 - 1486.

(45) Starck : op. cit., no 1480.

(46) Weill et Terré : Droit civil, les obligations, no 448 - Starck : Obligations, no 1528 et s.

(47) Weill et Terré : op, cit., no 450 - Starck : op. cit., no 1562.

(48) Weill et Terré : op. cit., no 450 - Starck : op. cit., no 1568.

(49) Weill et Terré : op. cit., no 450 - Starck op. cit., no 1531 et s.

الفصل الثالث

قيام العقد

تمهيد :

٩١

برغم انتهاء مرحلة المفاوضات وإعداد مشروع العقد حسب التصور المشترك للطرفين ، فإن العقد لم ينعقد بعد ، إذ يجب أن ينتهى هذا العمل بقبول مشروع العقد من جانب كل من طرفيه ، والتعبير النهائى عن هذا القبول بتوقيع العقد .

فقبل توقيع العقد يكون الطرفان فى حالة من الإيجاب المشترك الذى يجب أن يلحقه قبول مشترك من كليهما . وهذه الحالة تنشأ عن المفاوضات ، حيث أوجب كل من الطرفين على نفسه بعد التفاوض ، أنه على استعداد لقبول مشروع العقد فى صورته النهائية . فالإيجاب المشترك الذى أعده الطرفان لا يكفى لقيام العقد ما لم يلحقه قبول مشترك .

وإذا قبل أحد الطرفين العقد ، فإنه لا يقبل مجرد عبارات وشروط مكتوبة ، بل هو يقبلها على أساس صدق وصحة وكمال ما تلقاه من معلومات من الطرف الآخر فى أثناء المفاوضات . وتبدو أهمية هذه المسألة فى أنه ما دام القبول ينبنى على أساس من الثقة بالطرف الآخر ، فإن انهيار هذا الأساس يؤدى إلى انهيار القبول ، وبالتالى إلى انهيار العقد .

ومن ناحية أخرى يتخذ القبول شكلاً عمليا قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، والأغلب أن يتخذ القبول شكلاً محددا هو التوقيع على العقد . وفى هذه المرحلة الأخيرة قد يؤدى الخلل فى إجراءات التوقيع إلى عدم صحة العقد ، وبخاصة إذا كان التوقيع من غير ذى صفة أو كان يلزم استيفاء توقيع آخر .

وندرس فيما يلى كيف ينعقد العقد من خلال فكرة الأساس الذى يقوم عليه القبول ، ثم شكل القبول فى ذاته ، وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : أساس القبول .

المبحث الثانى : شكل القبول .

المبحث الأول

أساس القبول

تقسيم .

٩٢ بعد أن يستعرض كل واحد من الطرفين كل ظروف العقد من حيث النواحى الاقتصادية والتجارية وغيرها ، فإنه يتخذ لنفسه قرارا بالدخول فى العقد بصفة نهائية ، أى بقبول العقد .

ومثل هذا القرار إنما يستند إلى طائفتين من المعلومات ، الطائفة الأولى هى المعلومات التى يفترض علم المتعاقد بها من واقع خبرته ومشاوراته مع مستشاريه والدراسات التى قام بها حول المشروع . والطائفة الثانية هى المعلومات التى استقاها من الطرف الآخر فى أثناء المفاوضات بطريقة إيجابية أو سلبية .

فإذا كان هناك خلل فى أى من هاتين الطائفتين من المعلومات فإن قراره بقبول العقد يكون قد قام على أساس من الغلط والوهم .

ولا يفلت واحد من الطرفين من المساءلة عن صدور القبول من الطرف الآخر على أساس معلومات مغلوطة . وتستند هذ المساءلة إلى واجب مزدوج يقع على عاتقه فى أثناء المفاوضات . فيجب عليه أولاً ، إذا كان يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم ، أن ينبه الطرف الآخر إلى الخطأ فى معلوماته الذاتية . ويجب عليه ثانيا، إذا كانت لديه معلومات إضافية أو نصيحة ، أن يقدمها فورا إلى الطرف الآخر ، فكل من الطرفين مسئول تجاه الطرف الآخر عن تصحيح وتكملة المعلومات التى يستند إليها قرار قبول العقد .

ولكل من الطرفين أن يبنى قراره هذا على أساس صحة واكتمال المعلومات التى توافرت لديه حتى نهاية المفاوضات وإعداد مشروع العقد . وهو يفترض سلامة المعلومات استنادا إلى مبدأ الثقة المتبادلة بين الطرفين وهما على وشك الارتباط النهائى

بالعقد ، فكل من الطرفين يقبل الدخول فى العقد وهو على ثقة بأنه إذا كان هناك خلل فى المعلومات فإن الطرف الآخر سينبهه فورا إلى هذا الخلل .

وليس معنى ذلك أن أى خلل فى المعلومات يؤدى إلى انهيار القبول الذى استند إليها ، لأن من شأن ذلك اختلال الثقة بالعقود ، حيث يزعم كل شخص بأنه لو كان يعلم بالحقيقة ما تعاقد ، ولكننا لا نضحى بالعقد إلا إذا كان فى إمكان الطرف الآخر أن يتدارك هذا الوضع قبل التوقيع على العقد فلم يفعل .

وندرس فيما يلى مسئولية أحد الطرفين عن انهيار أساس القبول فى حالات ثلاث هى : عدم إبداء النصيحة ، أو عدم تقديم المعلومات الكاملة والصحيحة ، أو مساهمته إيجابا أو سلبا فى الوهم الذى وقع فيه المتعاقد ، وذلك فى مطالب ثلاثة :

المطلب الأول ، القبول والالتزام بالنصيحة أو بالمشورة .

المطلب الثانى ، القبول والثقة بالطرف الآخر .

المطلب الثالث ، القبول والخطأ فى المعلومات .

المطلب الأول
القبول والالتزام بالنصيحة أو بالمشورة

العقد التمهيدى بالمشورة أو بالإعلام :

٩٣ إذا لم يحصل المتعاقد على ما كان يرجوه أو يأمل فيه من مزايا من وراء العقد ، فإن ذلك يرجع عادة إلى أنه قد أبرم العقد بغير علم كاف بعناصره الرئيسية وما يترتب عليها من نتائج اقتصادية أو فنية .

فإذا كان عدم العلم يرجع إلى إهمال المتعاقد وعدم خبرته وتسرعه فلا يلومن إلا نفسه . ولكن إذا كان عدم العلم يرجع إلى الإخلال بالالتزام بالإعلام أو بالنصيحة أو بالمشورة من جانب المتعاقد الآخر ، أو من جانب الغير ، يجب محاسبة المتسبب فى هذا الذى حدث .

وقد يقع واجب النصيحة على عاتق شخص من الغير ، كان يجب عليه توجيه إرادة المتعاقد ، عن طريق تقديم تحليل قام به لعناصر العقد المقترح ، فهو لا يقتصر على سرد الوقائع ، ولكنه يقدم المشورة والنصيحة حول مدى ملاءمة إبرام العقد الجديد . ومن ذلك مسئولية وكالات المعلومات أو المكاتب الاستشارية ، والمستشارين الفنيين أو القانونيين أو المعماريين وغيرهم من أصحاب المهن المتخصصين فى إعطاء المشورة [1] .

فإذا وجد القاضى أن السبب الرئيسى فيما لحق المتعاقد من ضرر يرجع إلى القبول الذى يستند إلى نقص فى المعلومات أو عدم دقة النصيحة أو المشورة ، وأن المسئول عن هذا الخلل هو هذا الغير الملتزم بالنصيحة ، فإنه يلقى عليه عبء التعويض .

ولذلك يلتزم المكتب الاستشارى الهندسى أو القانونى وغيره بالتعويض عن عدم بذل العناية المطلوبة فى تقديم المعلومات وتحليلها وإعطاء المشورة الصحيحة من واقعها . ولا مسئولية على المتعاقد فى هذه الحالة ما دام لم يكن يعلم ، ولم يكن بإمكانه أن

يعلم ، بهذا القصور فى المعلومات ، ولم يقصر من جانبه فى تقديم ما يتوافر لديه من معلومات .

وفى هذا الفرض لا يقضى القاضى للمتعاقد الشاكى بإبطال العقد ، أى ما دام الطرف الآخر بريئا تماما من جريرة النقص فى المعلومات الذى وقع فيه المتعاقد .

على أنه برغم جهل المتعاقد وعدم خبرته ، وبرغم خطأ مستشاريه ، فقد يسأل المتعاقد الآخر عن عدم دقة المعلومات التى بنى عليها المتعاقد المضرور قراره بقبول العقد ، وذلك إذا أخل بالتزام يقع على عاتقه بتصحيح أو تكملة معلومات الطرف الآخر [٢] .

وفى مثل هذه الحالة الأخيرة يفترض القضاء عادة أن المتعاقد الآخر قد أخل بعقد ضمنى وتمهيدى كان الهدف منه التحضير للعقد النهائى [٣] .

ولذلك قضى بأنه إذا اشترت المنشأة جهازا إلكترونيا تبين أنه لا يصلح للغرض الذى يستخدم فيه ، وتبين أن البائع كان يمكنه تلافى هذه المشكلة وآثارها الضارة لو أنه قدم معلومات كافية ونصيحة صادقة إلى المنشأة قبل البيع ، فإنه يكون قد ارتكب خطأً أدى إلى صدور القبول من الطرف الآخر استنادا إلى معلومات غير كاملة . وهو هنا يسأل بالتعويض على أساس المسئولية العقدية ، باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت وقت المفاوضات إلى تفويض البائع فى الاختيار وإبداء الرأى فى مدى نفع الجهاز ، فأخل بما كان يجب عليه أن يفعله [٤] .

وفى قضية أخرى تقدم العميل بطلب الحصول على قرض من منشأة متخصصة فى تقديم القروض ، فأغفلت المنشأة إخطاره قبل التعاقد بأن طلبه التأمين من خطر الإعسار فى رد قيمة القرض بسبب العجز الجسمانى قد رفض . ولما أصيب المقترض فعلا بالعجز الجسمانى ، واضطر إلى الالتزام برد القرض إلى المنشأة ، أقام دعواه بالتعويض تجاهها عن خطئها السابق على التعاقد ، بعدم إبلاغه برفض طلب التأمين . فقضت المحكمة بإلزام المنشأة بالتعويض على أساس افتراض وجود عقد سابق على العقد الأصلى يجعل المنشأة بمثابة الوكيل عن المقترض فى إبرام تأمين باسمه ضد مخاطر العجز الجسمانى ، وأن خطأ المنشأة يتمثل فى عدم تقديم بيانات سابقة على التعاقد تتصل بعنصر مهم للتقدير بنى عليه المتعاقد قراره بقبول التعاقد [٥] .

ومن ثم وجب على كل متعاقد ألا يقصر فى تصحيح معلومات الطرف الآخر قبل القبول ، وإلا كان مسئولاً عن قيام هذا القبول على أساس غير سليم [٦] .

المطلب الثانى
القبول والثقة بالطرف الآخر

الإخلال بالثقة المشروعة وأثره فى القبول :

٩٤ بعد انتهاء المفاوضات وإعداد مشروع العقد ، يحق لكل من الطرفين أن يكون على ثقة بأن الطرف الآخر لم يكتم عنه أى معلومات يكون من شأنها أن تؤثر فى قبوله النهائى للتعاقد .

وقد كان القضاء يذهب فى البداية إلى أن الالتزامات الرئيسية التى يرتبها العقد مثل الالتزام بالضمان أو الالتزام بالتسليم تستند فى جذورها إلى مرحلة المفاوضات . ولكن هذا القضاء بدأ يتحول فى الوقت الحاضر إلى اعتبار الالتزام بعدم كتمان المعلومات قبل صدور القبول من الطرف الآخر يعد التزاما مستقلا .

فقد بدأ البحث أولاً عن إمكان إدخال الالتزام بالإعلام أو بالنصيحة فى نطاق الالتزام بالضمان الذى يفرضه القانون فى كثير من العقود . ومن ذلك ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع وعقد الإيجار ، وضمان عيوب البناء فى عقد المقاولة . فهذا الضمان يستند إلى إخلال وقع فى المرحلة السابقة على إبرام العقد .

ولا يملك البائع أن يتمسك بشرط عدم الضمان إلا إذا كان حسن النية ، أما إذا كان سيئ النية ؛ أى يعلم بوجود العيب ولم يكشف عنه وقت التعاقد ، فلا يجوز له أن يتمسك بشرط عدم الضمان . وإذا كان البائع محترفا يتعامل مع مشترٍ غير محترف أو غير متخصص ، فإن القضاء يفترض سوء نيته ، فلا يسمح له بإثبات عدم علمه أو جهله بالعيوب ، ولا يسمح له بالادعاء بأن العيب كان يستحيل كشفه أو التعرف عليه من جانبه [٧] .

ويترتب على ذلك أن المتعاقد الذى يتمسك بشرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية، لا يجوز له ذلك إلا إذا أثبت أنه كان يجهل عيوب الشىء لسبب مقبول ، مثل : عدم الخبرة أو عدم التخصص [٨] .

ويتشدد القضاء فى محاسبة الطرف الذى كان يعلم ولم يفصح عما يعلم به ، وذلك فى كل مرة توحى فيها الظروف بأن أحد الطرفين وثق بأن الطرف الآخر لم يخف عنه شيئا مهما، وبخاصة إذا كانت هناك مفاوضات سابقة على التعاقد ومناقشات فنية لظروف العقد [٩] .

على أن القضاء واجه فروضا لا يمكن فيها تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية على الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، ويكون ذلك فى العقود التى لا تعرف هذا النوع من الضمان ، أو فى الحالات التى لا تتضمن عيبا ينقص من منفعة الشىء بالمعنى المحدد فى ضمان العيوب الخفية . فبدأت بعض الأحكام تتحول إلى اعتبار الالتزام بالإفصاح عن المعلومات قبل التعاقد جزءا من الالتزام بالتسليم [١٠] .

ومن ثم قالت بعض الأحكام القضائية إن البائع يلتزم بتسليم الشىء المبيع فى حالة يصلح معها للاستعمال من قبل المشترى . ومن ثم يجب على البائع أن يقدم كافة المعلومات اللازمة لاستعمال الشىء المبيع ، وبوجه خاص إذا كان ذلك يمثل أهمية خاصة بالنسبة إلى المشترى [١١] .

ولكن ربط الالتزام بالإعلام بالالتزام بالتسليم يبقى مع ذلك مقصورا على المعلومات المتصلة بطريقة استخدام الشىء المبيع أو المؤجر ، أو ما ينتج عنه من مخاطر فى بعض الفروض ، ودن أن يتجاوز ذلك إلى كافة المعلومات التى قد يتضمنها الالتزام بالإعلام ومبدأ الثقة المتبادلة بين الطرفين ، وهو ما يتضمن كل المعلومات المتصلة بالعناصر الرئيسية للعقد .

ولذلك بدأ القضاء الحديث يتجه نحو الإقرار بأن للمتعاقد أن يشكو من أن قبوله للتعاقد قد افتقد الأساس ، وذلك فى كل مرة يثبت فيها أن المتعاقد الآخر قد خان الثقة التى وضعها فيه زميله .

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض حكم لمحكمة الاستئناف ، لأنه رفض دعوى التعويض التى أقامها مشترى جهاز إلكترونى لم يحقق الغرض المقصود منه ،

برغم أن البائع لم يقدم قبل التعاقد معلومات كافية حول هذا الجهاز . وكانت محكمة الاستئناف قد قالت إن دعوى التعويض لا تستند إلى أساس ، فهي ليست دعوى بطلان ، ولا دعوى ضمان العيوب الخفية . وقالت محكمة النقض ، إنه كان يجب على قضاة الموضوع التحقق من أن البائع لم يقم بواجبه بالإعلام أو بالنصيحة قبل التعاقد حول مدى ملاءمة الجهاز للاستخدام فى مصانع المشترى . وهذا الإخلال يكفي وحده لتأسيس الحكم بالتعويض استقلالا عن المطالبة بالبطلان أو بضمان العيوب الخفية [١٢].

وقالت محكمة النقض الفرنسية فى حكم آخر إنه إذا كان البائع قد أبرم تأمينا من مسئوليته التقصيرية مع استبعاد المسئولية العقدية من نطاق التأمين ، فألزمته محكمة الاستئناف بالتعويض لعدم قيامه بإعطاء معلومات كافية للطرف الآخر قبل التعاقد ، ولم تلزم شركة التأمين بتغطية هذا التعويض ، فيكون حكمها هذا سليما باعتبار أن العقد الذى يكون على وشك التوقيع يفرض على كل من طرفيه ثقة متبادلة لا يجوز لأيهما إهدارها بكتمان أى معلومات عن الطرف الآخر [١٣].

ويستفاد من أحكام القضاء أيضا أنه يجب على كل صاحب مهنة أو حرفة ، أن يستخدم خبرته وتخصصه . ليقدر على وجه صحيح أوجه المسألة أو المشكلة التى يهدف العقد إلى مواجهتها ، ومن ثم فقد كان يجب على المقاول أن ينبه رب العمل إلى الخطأ الذى وقع فى الرسومات ، وذلك قبل إبرام عقد المقاولة من الطرف الآخر [١٤].

وقالت المحاكم أيضا إنه إذا كانت جوانب المسألة غير واضحة ، يجب على صاحب المهنة مساعدة العميل على الإفصاح عن احتياجاته . وتزويده بالرأى الفنى أو النصيحة السليمة أو الحل الأمثل . ومن ثم يكون صاحب الورشة الميكانيكية قد ارتكب خطأ إذا هو لم يحذر مالك السيارة من أن الإصلاحات التى يطلبها تتجاوز بكثير تكلفة شراء سيارة مثيلة من السوق [١٥].

وقالت فى أحكام أخرى :

« إن المورد يكون قد ارتكب خطأً إذا هو اقترح على العميل شراء جهاز إلكترونى يجاوز بكثير فى طاقته وتكلفته احتياجات المشروع [١٦]».

و « إذا كان صاحب المهنة قد ساهم فى إعداد مشروع العقد يتضمن بيانات ومصطلحات فنية دقيقة لا يستطيع العميل فهمها بسهولة بسبب عدم خبرته ، فقد كان

يجب عليه إيضاح معناها بطريقة مبسطة حتى تكون واضحة فى ذهن العميل لدى قبوله للعقد [١٧] » .

و « كان يجب على صاحب المهنة أن يحذر العميل من عدم ملاءمة ما يطلبه للأهداف التى يسعى إلى تحقيقها ، ولو أدى ذلك إلى عدم التعاقد [١٨] ».

و « إذا كان يجب على الطرف الأول أن يقدم كل ما لديه من معلومات ، يجب فى الوقت ذاته على الطرف الثانى ألا يقف موقفا سلبيا محضا ، وإنما هو ملتزم بدوره بأن يستعلم من الطرف الأول ، وأن يبين له ما يسعى إليه من وراء العقد ، والأهداف التى يرمى إلى تحقيقها ، وكل ما لديه من معلومات تتصل بالعقد [١٩] » .

المطلب الثالث
القبول والخطأ فى المعلومات

الجزاء عن أخطاء ما قبل التعاقد :

٩٥

أوضحنا فيما سبق أنه يجب على كل من طرفى العقد أن يقدم إلى الطرف الآخر خلال مرحلة المفاوضات ما يتوافر لديه من معلومات أو نصائح ، بحيث يأتى القبول مستندا إلى أساس سليم .

فإذا ما نسب إلى أحد الطرفين إخلال بهذا الواجب ، يثور التساؤل عن الجزاء الذى يجب توقيعه عن هذا الإخلال .

وفى هذا الصدد كان المذهب التقليدى للفقه يرى أن كل خطأ يقع قبل التعاقد يجب أن يخرج عن نطاق المسئولية العقدية ، ليخضع لأحكام المسئولية التقصيرية ، باعتبار أن صفة المتعاقد لا تتوافر للشخص إلا من وقت إبرام العقد وليس قبل ذلك [٢٠] .

ولكن الاتجاه الحديث يذهب على خلاف ذلك إلى أن الفيصل فى اعتبار الخطأ عقديا أو تقصيريا ، ليس هو الوقت الذى وقع فيه ، وهل وقع قبل إبرام العقد أو بعد ذلك ، بل الفيصل هو ما إذا كان العقد ذاته هو الذى يفرض الالتزام الذى وقع الإخلال به أم لا .

وبذلك فإنه فيما يتعلق بالالتزام بالإعلام أو بالنصيحة قبل التعاقد ، يجب أن تحدد الطبيعة العقدية أو التقصيرية لهذا الالتزام ، حسب ما إذا كان العقد المستقبل هو الذى يفرض هذا الالتزام أم أنه ينبع من الواجب العام بمراعاة الحرص والأمانة تجاه الآخرين .

ومن ثم إذا كتم البائع عن المشترى أن الشيء المبيع به عيب ينقص من قيمته أو منفعته ، كان هذا مما يدخل فى المسئولية العقدية للبائع ، لأن عقد البيع يفرض عليه التزاما بضمان العيوب الخفية . بينما يعد إحجام المتعاقد عن إسداء النصيحة للطرف الآخر بعدم ملاءمة الصفقة لظروف مصانعه نوعا من الخطأ التقصيرى ، لأن العقد لا يفرض هذا الالتزام بالنصيحة ، بل هو التزام مستقل عن العقد يفرضه الواجب العام بمراعاة الحرص والأمانة تجاه الآخرين [٢١] .

اجتماع طلب التعويض مع طلب الإبطال :

٩٦

الإبطال أو البطلان هو جزاء عدم احترام شروط صحة العقد ، وهو لا يعد تعويضا عن ضرر معين . ودليل ذلك أن من تقرر البطلان لمصلحته يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد دون حاجة إلى إثبات أن ضررا ما قد لحق به من جراء قيام العقد، وليس انعدام الضرر وسيلة يستطيع المدعى عليه أن يدفع بها دعوى البطلان .

حقا إن طالب الإبطال قد يتوقى عن طريق إبطال العقد ضررا ما ، كما هو الشأن بالنسبة إلى من وقع فى الغلط ، إذ يستطيع أن يتحلل من عقد كان يلزمه بقبول شيء لم تتوافر فيه الصفة الجوهرية التى دفعته إلى التعاقد . ولكن البطلان قد لا يغطى ما أصابه من ضرر بسبب ما فقده من مزايا كان يرجوها لو أن رضاءه لم يكن معيبا .

ولذلك يحق لطالب الإبطال ، أن يقرن دعواه هذه بطلب التعويض عن الأضرار التى لحقته ، والتى تسبب فيها الطرف الآخر ، وبخاصة عندما يكون هذا قد أخل بالتزامه بالإعلام أو بالنصيحة قبل التعاقد .

على أن المدعى عليه قد يشكو بدوره ضررا لحق به من جراء إبطال العقد بناء على طلب المدعى ، فهو يفقد المزايا التى كان يرجوها من وراء تنفيذ العقد. وقد لا يكون الإبطال راجعا إلى إخلال المدعى عليه بالالتزام بإلاعلام أو بالنصيحة قبل التعاقد ، فقد يهمل طالب الإبطال فى الاستعلام أو يكون على علم بالمعلومات التى يشكو من أن الطرف الآخر قد حجبها عنه .

التعويض الذى يطالب به المدعى بالإبطال :

٩٧ إذا لجأ أحد المتعاقدين إلى القضاء طالبا إبطال العقد لخلل وقع فى ركن من أركانه ، فهو لا يكلف بإثبات أن ضررا ما قد وقع عليه من جراء هذا الخلل ، بل يكفيه أن يثبت أن العقد لم يستوف شروط الصحة التى فرضها القانون .

ولكن المدعى بالإبطال قد يلحقه ضرر حقيقى من جراء حرمانه من المزايا التى كان يرجوها من وراء العقد ، وهو ضرر ما كان ليقع لو أن العقد قام صحيحا . وعندئذ فهو يقرن دعوى الإبطال التى يوجهها إلى الطرف الآخر بطلب التعويض .

على أن المدعى عليه لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أثبت المدعى أنه هو الذى تسبب فى إبطال العقد ، ويقع ذلك بوجه خاص إذا ثبت أن المدعى عليه قد أخل بالالتزام بالإعلام أو بالنصيحة قبل التعاقد ، مما أدى إلى عدم سلامة رضاء الطرف آخر .

فيجب إذن لكى تنجح دعوى التعويض التى يقرنها المدعى بدعوى الإبطال ، أن يثبت هذا الأخير أن ضررا قد لحق به ، وأن هذا الضرر يرجع إلى خطأ سابق على التعاقد ارتكبه المدعى عليه . فإن هو أثبت هذين الأمرين ، فإنه يؤسس دعواه على أحكام المسئولية التقصيرية ، إذ لا يتصور أن يتمسك بالمسئولية العقدية فى الوقت الذى يؤسس طلبه بالتعويض على انهيار العقد [٢٢] .

وفيما يتعلق بالضرر الذى يشكو منه طالب الإبطال أو من يتمسك بالبطلان ، يختلف الأمر حسب ما إذا كان أساس البطلان هو حماية مصلحة خاصة للمدعى عليه أو حماية المصلحة العامة من خلال فكرة النظام العام .

فإذا كان أساس بطلان العقد هو المصلحة العامة ، كالتعامل فى شىء يحظر القانون التعامل فيه ، أو كان سبب العقد مخالفا للنظام العام ، فإن المدعى لا يستطيع أن يطالب الطرف الآخر بالتعويض إلى جانب التمسك بالبطلان . وأساس ذلك أنه يقوم تناقض واضح بين التمسك بالبطلان ومحاولة استخلاص منفعة من وراء ذلك . وبمعنى آخر فإنه لا يجوز لمن يتمسك ببطلان العقد لمخالفته للنظام العام ، أن يزعم أن ضررا ما قد لحقه من وراء عدم تنفيذ هذا العقد الملوث ، فهو بذلك يريد أن يستخلص من العقد الباطل ميزة غير مشروعة ، فى الوقت الذى ترفض فيه فكرة النظام العام تقرير هذه المصلحة [٢٣] .

ويصدق ذلك أيضا لو كان المدعى عليه قد أخل بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، بأن سكت عن تحذير المدعى من أن محل العقد محظور التعامل فيه ، فالخطأ مشترك بين الطرفين ، إذ هما يتعاملان فى شىء لا يصرح القانون بالتعامل فيه .

أما إذا كان أساس إبطال العقد هو حماية مصلحة خاصة للمدعى ، كالإبطال للغلط أو للتدليس ، فإن الضرر المتمثل فى حرمان المدعى من المزايا التى كان يرجوها من وراء قيام العقد صحيحا ، يكون ضررا قابلاً للتعويض ، فهو فى الواقع يتضرر من الحرمان من مزايا مشروعة كان سيحصل عليها لو أن رضاءه كان صحيحا ، وقد حرم منها بسبب إبطال العقد . فهو إذن يؤسس طلب التعويض على الحرمان من مزايا مشروعة ، بعكس حالة التمسك ببطلان العقد لمخالفته للنظام العام ، حيث يؤسس طلب التعويض على الحرمان من مزايا غير مشروعة .

وفيما يتعلق بالخطأ ، فإن المدعى بالإبطال لا يجوز له أن يؤسس دعواه بالتعويض على مجرد البطلان وحده ، بل يجب عليه أن يثبت أن خطأ المتعاقد الآخر كان هو السبب فى هذا الإبطال . فإذا لم يستطع المدعى أن يثبت خطأ ما فى جانب المتعاقد الآخر أدى إلى إبطال العقد ، فإنه يحصل على حكم بالبطلان ، دون القضاء له بالتعويض [٢٤] . وأساس ذلك أن الوقائع التى يستند إليها طلب الإبطال ليست هى بالضرورة نفس الوقائع التى يستند إليها طلب التعويض . فالإبطال قد يستند إلى عدم مشروعية المحل ، بينما طلب التعويض قد يستند إلى إخفاء الطرف الآخر واقعة أن محل العقد مستورد من بلد يحظر التعامل فى منتجاته .

وإذا كان المدعى يؤسس طلب إبطال العقد على الغلط ، فلا يعنى ذلك بالضرورة أن المدعى عليه قد أخل حتما بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، إذ يجوز طلب إبطال العقد فى الحالة التى يكون فيها الطرف الآخر قد وقع فى ذات الغلط بدروه ، وعندئذ لا يقوم فى جانبه الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، لأن شرط قيام هذا الالتزام هو علم الملتزم بالمعلومات التى يؤخذ عليه أنه قد كتمها عن الطرف الآخر .

على أن هذا لا يمنع من قيام طلب الإبطال وطلب التعويض على واقعة واحدة هى إخلال المدعى عليه بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، ويتحقق ذلك فى الفرض الذى يؤدى فيه هذا الإخلال إلى التدليس .

ففى طلب إبطال العقد للتدليس يشترط إثبات الخطأ العمد من جانب المدعى عليه ، وذلك إما فى صورة الطرق الاحتيالية ، وإما فى الكتمان المتعمد لواقعة لو علمها الطرف الآخر لما أبرم العقد . وهذه الواقعة – أى الخطأ العمد الذى أدى إلى التدليس – هى بذاتها التى يؤسس عليها طلب التعويض عن حرمان المتعاقد من المزايا التى كان يرجوها من وراء صحة العقد .

أما فى حالة طلب إبطال العقد للغلط ، فلا يكفى للحكم بالتعويض أن يثبت المتعاقد توافر شروط الغلط ، بل يجب عليه أيضا أن يثبت أن خطأً ما من جانب المتعاقد الآخر هو الذى أدى إلى قيام الغلط أو ساعد على قيامه ، أو على الأقل يتمثل هذا الخطأ فى استغلال الغلط الذى وقع فيه المدعى . وعندئذ يتمثل الخطأ بوجه عام فى إخلال المتعاقد المدعى عليه بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد . فلو أنه قام بواجبه بتزويد الطرف الآخر بكل المعلومات المتعلقة بالصفة الجوهرية الدافعة إلى التعاقد ، والتى كانت قد دخلت فى دائرة العقد ، فإنه يكون قد حذر هذا الطرف الآخر من الوقوع فى الغلط ، ولكن لأنه لم ينفذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، فقد أدى ذلك إلى قيام الغلط ، فيقضى بالابطال لاجتماع شروطه ، ويقضى أيضا بالتعويض على أساس الإخلال بهذا الالتزام بالإعلام [٢٥] .

التعويض الذى يطالب به المدعى عليه بالإبطال :

٩٨ إذا تقدم المتعاقد إلى القضاء يطلب إبطال العقد ، فهو فى الواقع يطلب الإفادة من الحماية التى قررها القانون للرضاء فى العقود . فهو يعلن أن رضاءه بالعقد كان معيبا بغلط أو بتدليس أو بغيرهما ، وأن القانون يسمح له بطلب إبطال العقد في هذه الحالة ، ولا يكون مخطئا من يتمسك بالحماية التى قررها له القانون . وإزاء ذلك قد يتصور أنه كقاعدة عامة لا يجوز إلزام المتعاقد طالب الإبطال بالتعويض ، بناء على طلب الطرف الآخر فى العقد .

وعادة ما يكون الحكم بالتعويض للمدعى عليه فى دعوى الإبطال متعذرا ، ليس باعتبار أن المطالبة بالإبطال لا تعد فى ذاتها خطأ يمكن أن يؤسس عليه طلب التعويض وحسب ، بل لأنه فى كثير من الأحوال يمتنع الحكم بإبطال العقد إذا كان طالب الإبطال قد ارتكب خطأً (٢٦) .

على أنه قد يقوم الفرض الذى يلتزم فيه طالب الإبطال بالتعويض لصالح المدعى عليه ، وبناء على طلب هذا الأخير . ومن ذلك حالة إبطال العقد لنقص الأهلية ، إذا لجأ ناقص الأهلية لطرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته (٢٧). فهو هنا يلتزم بالتعويض ، ليس عن خطأ يتمثل فى طلب الإبطال ، ولكن عن خطأ آخر سابق على التعاقد يتمثل فى إخفاء نقص أهليته (٢٨) .

ومن ذلك أيضا إبطال العقد للغلط المشترك إذا كان المدعى عليه قد وقع فى الغلط بدوره . فالمدعى عليه لم يرتكب خطأ إذ أنه لم يكن ملتزما بالإعلام قبل التعاقد ، لأنه لم يكن يعلم بحقيقة الأمر . أما خطأ المدعى طالب الإبطال الذى وقع فى الغلط ، فقد يتمثل فى عدم الاستعلام قبل التعاقد .

كما يتصور أيضا إلزام المدعى بالتعويض عن خطئه ، برغم أنه يتمسك بالبطلان ، فى حالة البطلان المتعلق بالنظام العام ، إذا كان المدعى هو الذى أدخل العنصر المخالف للنظام العام فى العقد . وفى هذه الحالة لا يعوض المدعى عليه عن حرمانه من مزايا غير مشروعة كان يتوقعها من وراء عقد غير مشروع يعتبر باطلاً فى نظر القانون ، ولكنه يعوض وحسب إذا كانت المزايا التى يرجوها من وراء العقد مشروعة فى ذاتها ، وأبطل العقد لعيب فى الشكل (٢٩) .

ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا تمسك المتعاقد ببطلان العقد ، لمخالفته إجراء شكليا ينص القانون على بطلان العقود عند تخلفه ، وكان المدعى هو الذى تسبب فى تخلف هذا الشكل ، فإنه يجوز الحكم عليه بالتعويض لصالح المدعى عليه ، برغم الحكم باعتبار العقد باطلاً بطلانا مطلقا . وكان المدعى وهو يابانى الجنسية ، قد تعاقد مع شركة فرنسية ، وأهمل فى الحصول على موافقة البنك اليابانى على تحويل العملة الأجنبية ، الأمر الذى يعتبره القانون الفرنسى شرطا لازما لصحة مثل هذه العقود [٣٠] .

وإذا قضت المحكمة بالبطلان وألزمت المدعى بالتعويض بناء على طلب المدعى عليه ، فإنها تضع فى اعتبارها أنه يطالب بجبر الضرر السلبى المتمثل فى زوال المنفعة التى كان سيجنيها ، لو أنه لم يوقع عقدا باطلاً أو تم إبطاله ، وهذا نوع من ترتيب أثر قانونى على عقد باطل ، ولذلك يكتفى فى هذا الشأن بتعويض الفرصة الفائتة على المدعى عليه [٣١] .

جواز طلب التعويض عن أخطاء ما قبل التعاقد مع الإبقاء على العقد :

٩٩

قد يرتكب أحد المتعاقدين خطأً قبل التعاقد يتمثل فى كتمان المعلومات أو النصيحة عن الطرف الآخر ، ومن ثم يكون قبول هذا الأخير للتعاقد قائما على إهدار للثقة التى وضعها فيمن تعاقد معه . ومع ذلك فليس الطرف المضرور ملزما بأن يطلب إبطال العقد ليتوصل إلى اقتضاء التعويض ، بل قد يختار الإبقاء على العقد ، والاكتفاء بطلب التعويض عن خطأ المدعى عليه الذى كتم عنه المعلومات أو النصيحة .

وفى ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية ، إن من خصائص دعوى الإبطال للتدليس أنها دعوى اختيارية لمن تعرض للتدليس ، وهذه هى القاعدة العامة فى البطلان النسبى ، ويجوز لضحية التدليس أن يقصر دعواه على طلب التعويض عن هذا الكتمان المتعمد من المدعى عليه ، دون طلب إبطال العقد ، ولا تعارض بين التمسك بالعقد وبين طلب التعويض عن أخطاء سابقة على التعاقد [٣٢] .

وقضت أيضا أنه برغم كون العقد ما زال قائما بسبب عدم المطالبة بإبطاله ، والاكتفاء بطلب التعويض عن إخلال المدعى عليه بالالتزام بالإعلام وبالنصيحة قبل التعاقد ، فإن التعويض هنا يستند إلى المسئولية التقصيرية ، لأن المسئولية العقدية تقتصر على الإخلال بالالتزامات المتولدة عن تلاقى إرادة الطرفين (٣٣) .

وقضت أيضا بأن إمكان إقامة دعوى التعويض مع التمسك بالإبقاء على العقد ، وذلك عن خطأ المدعى عليه المتمثل فى الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، يؤدى إلى إقرار استقلال دعوى التعويض عن دعوى الإبطال . ولذلك تخضع كل من الدعويين لمدة التقادم الخاصة بها ، ولا يبدأ هذا التقادم بالنسبة إلى دعوى التعويض إلا وفقا لأحكام دعوى المسئولية التقصيرية ، دون دعوى الإبطال (٣٤) .

وقضت أيضا بأن رفض إحدى الدعويين : دعوى الإبطال أو دعوى التعويض ، لا يمنع من قبول الدعوى الأخرى (٣٥) .

وبداهة فإنه فى حالة عدم التمسك بالإبطال مع المطالبة بالتعويض عن خطأ سابق على التعاقد منسوب إلى المدعى عليه ، فإن القاضى يملك الحكم من تلقاء نفسه باعتبار العقد باطلاً بطلانا مطلقا إذا تبين أن هناك وجها لذلك .

الخطأ السابق على التعاقد لا يؤدى حتما إلى الإبطال :

٩٩م قد يكون الخطأ السابق على التعاقد ، وخصوصا الإخلال بالالتزام قبل التعاقد ، مما لا يؤدى إلى إبطال العقد . مثال ذلك كتمان بعض المعلومات الذى لا يؤدى إلى وقوع المتعاقد الآخر فى الغلط أو انخداعه بالتدليس . وفى هذه الحالة يجوز للمدعى أن يطالب بالتعويض برغم عدم قابلية العقد للإبطال ، لأن أساس الدعويين مختلف ، ولا يمنع عدم قيام إحداهما من قيام الأخرى (٣٦) .

فعدم قابلية العقد للإبطال لغلط أو تدليس ، لا يمنع المتعاقد من طلب التعويض عن إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد ، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية ، فهذا خطأ سابق على التعاقد ، يتمثل فى الإخلال بالتزام لم يفرضه تلاقى إرادة الطرفين .

فإذا كان كتمان المتعاقد لبعض المعلومات لم يكن عن عمد من جانبه ، فلا يجوز إبطال العقد للتدليس ، ولكن ليس هناك ما يمنع من المطالبة بالتعويض عن إخلال المتعاقد بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد .

وتلتقى أفكار الفقه فى هذا الصدد على أنه لا يلزم لمحاسبة المتعاقد على الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد – على أساس المسئولية التقصيرية – أن يكون هذا الإخلال مؤديا إلى قابلية العقد للإبطال لغلط أو تدليس ، أو مؤديا إلى قيام ضمان العيوب الخفية ، بل يكفى فحسب أن يتحقق للمتعاقد ضرر ما من جراء كتمان المتعاقد الآخر للمعلومات أو للنصيحة [٢٧] . ومن ذلك عدم الإفصاح عن الطريقة الصحيحة لاستخدام الشىء أو مخاطر استخدامه على وجه معين ، أو عدم توجيه النصح إليه بالتكاليف الباهظة للعقد ، أو عدم تحذيره من أن الشىء المبيع يزيد على حاجته وحاجة مصانعه .

المبحث الثانى
شكل القبول

تقسيم :

١٠٠ القبول فى صورته البسيطة هو التعبير عن الإرادة بالموافقة على إيجاب موجه إلى الشخص . وفى الأحوال التى تجرى فيها مفاوضات بين الطرفين ، يعد مشروع العقد إيجابا مشتركا ، يتطلب قبولاً مشتركا حتى يقوم العقد .

وبينما يتطلب إعداد الإيجاب المشترك أو مشروع العقد تبادلاً لوجهات النظر بغرض الوصول إلى تصور مشترك حول التفاصيل كافة ، لا يتطلب القبول سوى تعبير مختصر جدا عن الإرادة ، فهو مجرد كلمة «نوافق» أو هو مجرد توقيع يؤدى إلى قيام العقد .

ومع ذلك فإن هذا العمل البسيط له أهمية قصوى ، إذ أن تخلفه يمنع من قيام العقد برغم الاتفاق الكامل على مشروع العقد . ولما كان إعلان القبول قد يكون صريحا أو ضمنيا ، يجب التمييز بدقة بين ما يعد قبولاً للعقد ، وغيره من الأعمال التى تنتمى إلى مرحلة المفاوضات .

ومن ناحية أخرى إذا كان توقيع العقد هو الشكل الغالب للتعبير عن القبول ، فإن لهذا التوقيع أصولاً قانونية تجب مراعاتها حتى يرتب القبول أثره فى قيام العقد . وسوف نتناول ذلك فى مطلبين :

المطلب الأول : قبول العقد .

المطلب الثانى : توقيع العقد .

المطلب الأول
قبول العقد

التعبير عن الإرادة :

١٠١ يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . والإرادة ما هى إلا قرار نفسي يتخذه الشخص بأن يوجب على نفسه أمرا ما ، كأن يتعهد بإلزام نفسه بعقد من العقود . أما التعبير عن الإرادة فهو إبرازها من النطاق النفسى أو الداخلى إلى الوجود المادى الخارجي . فإذا اتخذ الشخص فى طوايا نفسه قرارا بقبول الدخول فى العقد ، فهذه هى الإرادة ، فهو قد أراد أن يتعاقد ، بينما إذا هو أعلن للطرف الآخر شفاهة أو كتابة بأنه قد وافق على إبرام العقد فهذا هو التعبير عن الإرادة .

وبذلك يتحلل القبول إلى عنصرين يترتب أحدهما على الآخر : إرادة القبول ، والتعبير عن هذه الإرادة أو إعلان القبول بواحدة من الصور المتعددة [٢٨] التى نخص منها بالذكر توقيع العقد .

إرادة القبول :

١٠٢ تمر إرادة القبول فى مرحلتها الداخلية بخطوتين متعاقبتين ، وذلك قبل أن تنتقل إلى المرحلة الثانية وهى مرحلة الإعلان أو التعبير عن الإرادة بحيث تصل إلى علم الطرف الآخر . الخطوة الأولى هى التدبر أو التفكير فى الأمر ، والثانية هى اتخاذ قرار حاسم بقبول التعاقد .

ففى الخطوة الأولى وهى التدبر والتفكير ، والتى يفترض أنها تالية مباشرة لانتهاء المفاوضات وإعداد المشروع النهائى للعقد وسابقة على التوقيع ، من المألوف أن يخلو كل من الطرفين إلى نفسه أو إلى مستشاريه ، ويتدبر أمر قبول هذا العقد فى صورته النهائية أو الإحجام عن التوقيع .

وفى هذا الصدد يجب عدم الخلط بين نجاح المفاوضات وقبول العقد . ذلك أن نجاح المفاوضات وما يعقبه من إعداد المشروع النهائى للعقد قد يفهم منه أن الطرفين قد اتفقا تماما على كل الأسس والتفاصيل ، وأن مشروع العقد ما هو إلا إرادتهما المتقابلة والمتطابقة التى تولدت عن المناقشة وتبادل الآراء وانتهت بالاتفاق ، فليس ثمة إذن ما يدعو إلى أى إجراء شكلى آخر ، ما دامت العبرة هى بتلاقى إرادة الطرفين حقيقة . على أن حقيقة الأمر هى أن نجاح المفاوضات وإعداد المشروع النهائى للعقد ، ما هو إلا التصور المشترك للطرفين لشكل العلاقة التعاقدية المستقبلة بينهما . ولكن الإيجاب المشترك لا يعد عقدا بالمعنى التعاقدى القانونى للعقود ، فكل من الطرفين قد أوجب على نفسه قبول العقد ما دام الطرف الآخر يقبله فى الوقت ذاته [٣٩] .

ومما يدل على أن مشروع العقد الذى أعده الطرفان معًا من خلال المفاوضات لا يعد عقدا حقيقيا ، أن الطرفين ، بإعدادهما لمشروع العقد ، يعلنان بوضوح أن علاقتهما العقدية لن تبدأ ولن تقوم إلا بخطوة أخرى هى توقيع العقد [٤٠] .

يضاف إلى ذلك أن تبادل الرأى من خلال المفاوضات - وإن كان يعد إيجابا مشتركا - لا يتصور أن يكون قبولاً مشتركا ومجزّئًا فى ذات الوقت لكل جزئيات العقد بحيث يتجمع منه قبول عام . فإذا أبدى كل طرف رأيه فى شرط من شروط العقد ، فوافق الطرف الآخر ، واستجاب بتعديل الصياغة ، فما زلنا فى مرحلة الإيجاب برغم اتفاق وجهتى النظر . وأساس ذلك أن قبول شروط العقد واحداً تلو الآخر ، بعد إعادة صياغتها ، أو بحالتها المعروضة ، لا يعنى قبول كل العقد ، فما زال هناك من المسائل ما يتطلب النظرة الشاملة للعقد ، وبغيرها لا يمكن القول بأنه قد تم قبول العقد بصفة نهائية . ومن هذه المسائل التوازن الاقتصادى للعقد ، ومدى ملاءمته فى صورته الأخيرة للظروف العامة للمتعاقد ، ولما طرأ من تأثير على اقتصاديات العقد خلال الفترة ما بين تقديم الإيجاب وإعداد المشروع النهائى للعقد [٤١] .

ولا يغير من اعتبار نجاح المفاوضات مما ينتمى إلى مرحلة المفاوضات ، ولو تم إعداد مشروع العقد ، أن تستمر المشاورات بين الطرفين بصدد النظرة الشاملة للعقد . فإذا وصف أحد الطرفين مشروع العقد بأنه مشروع عادل أو متوازن ولو فى خطاب أو برقية ، فما زال هذا نوعًا من التفكير أو التدبر ، شأنه شأن تدبر الشخص للأمر مع مستشاريه ، أو هو نوع من التفكير المشترك ، وهو ما ينتمى قطعًا إلى المرحلة الأولى ، مرحلة ما قبل اتخاذ قرار قطعى بقبول العقد [٤٢] .

والخطوة الأولى الخاصة بالتدبر أو بالتفكير ، لا يعتد بها القانون ، فصاحب الشأن لم يقل كلمته الحاسمة بعد، وما زالت له حرية اتخاذ قرار بعدم التعاقد ، أو بالمضى قدما نحو الخطوة الثانية ، وهى قرار قبول العقد [٤٤] . ويرجع السبب فى تجريد خطوة التدبر أو التفكير من أى أثر قانونى إلى أنها لا تمثل خطرا على مصالح الغير ، إذ هو يعلم أن الطرف الآخر لم يصل بعد إلى قرار حاسم ، فلا يضيره إذن عدم اتخاذ هذا القرار ، وهو أمر يجب أن يكون متوقعًا . ومن ناحية أخرى فإن من الخطر محاسبة الشخص على خلجات أفكاره وإلزامه بأشياء هو لم يردها ولم يستقر رأيه عليها بعد .

على أن الأثر القانونى إنما يترتب فحسب بداية من الخطوة الثانية ، وهى القرار الحاسم بالقبول ، أو الإرادة الحقيقية للتعاقد . فمتى تجاوز الشخص خطوة التدبر والتفكير ، فانعقد العزم فى نفسه على قبول التعاقد ، فهذه هى إرادة القبول [٤٥] .

ومع ذلك فإن ترتب هذا الأثر القانونى على القرار النفسى بقبول التعاقد ، أو إرادة القبول ، منوط بأمر غاية فى الأهمية ، هو إعلان هذه الإرادة ، أو إخراج صاحبها لها من طوايا النفس ، بطريقة من طرق التعبير ، بحيث تصل إلى علم الطرف الآخر - وليس إلى أى شخص آخر . فإذا لم يقع هذا التحويل للإرادة الباطنة إلى إرادة معلنة إلى الطرف الآخر على وجه الخصوص ، فلا يترتب عليها أى أثر قانونى . فالبرقية التى ترسلها الشركة المتفاوضة إلى شركة أخرى - لا علاقة لها بالعقد - بأنها ترى أن مشروع العقد الذى توصلت إليه مع الشركة المتفاوضة الأخرى ، يعد مشروعا مقبولاً من جانبها ، لا تعد قبولاً للعقد، لأن الإعلان عن إرادة القبول يجب أن يوجه إلى الطرف الآخر على وجه الخصوص وليس إلى سواه ، فالحديث إلى من لا يعنيه الأمر نوع من المشاورات التى تنتمى إلى الخطوة الأولى غير القانونية ، وليس إلى مرحلة إرادة التعاقد [٤٦] .

وبرغم أن إرادة التعاقد قد تكون كلمة واحدة مؤداها أن الشخص قد قبل العقد ، يجب دائمًا أن تتضمن معنى الحسم أو القرار ، وأن تكون خالية من أى تحفظ أو استثناء ، كما سنرى عند دراسة التعبير عن إرادة القبول . وبمعنى آخر يجب أن تكون إرادة القبول إرادة خالصة وقاطعة ومحددة .

إرادة الشخص الاعتبارى :

١٠٣

إذا كان أحد طرفى العقد - أو كلاهما - شخصا اعتباريا ، كشركة أو جمعية أو الدولة حين تتعاقد مع الغير ، يثور التساؤل عن معنى إرادة القبول فى هذه الحالة .

فالشخص الطبيعى يفكر ويتخذ قرارا نفسيا داخليا ثم يعلنه إلى من يعنيه الأمر . أما الشخص الاعتبارى فما هو إلا حيلة أو مجاز قانونى قصد به إكساب مجموعات من الأشخاص أو الأموال الشخصية القانونية - لتمكينها من التعامل - استقلالاً عن الأشخاص الطبيعيين المكونين لها . وفى حقيقة الأمر إذا كان هناك تفكير أو قرار يصدر عن الشخص الاعتبارى ، فما ذلك إلا تفكير أو قرار الأشخاص الطبيعيين القائمين على إدارته ، مثل مجلس الإدارة أو المديرين .

ويترتب على ذلك القول بأن الشخص الاعتبارى ليست له إرادة حقيقية مثل تلك التى يتمتع بها الإنسان ، فالذى يصنع قرار الشخص الاعتبارى دائمًا هم القائمون على إدارته .

وقد قام اتجاه فقهى يرى أن للشخص الاعتبارى إرادة حقيقية ، وأن القائمين على إدارته هم أعضاء الشخص الاعتبارى ، فهم عقله الذى يفكر به ، ويده التى يعمل بها ، وعينه التى يرى بها ، وأذنه التى يسمع بها ، ومن ثم يجب أن تنسب الإرادة إلى الشخص الاعتبارى نفسه ، وليس إلى القائمين على إدارته ، إذ هم لا يفكرون لحساب أنفسهم ، ولكن لحساب الشخص الاعتبارى ذاته .

وقد ساعد على قيام هذا الاتجاه ، أن بعض التشريعات تقضى بأن يكون للشخص الاعتبارى نائب يعبر عن إرادته ، وهو ما يفهم منه أن للشخص الاعتبارى إرادة حقيقية ، وأن القائمين على إدارته ما هم إلا وسيلة للتعبير عن هذه الإرادة .

ولكن يبدو أن ليس للشخص الاعتبارى إرادة حقيقية ، كل ما فى الأمر أن الأفراد القائمين على إدارته يفكرون ويقررون باسمه ولحسابه ، وليس لحساب أنفسهم .

ومن ثم إذا دخل الشخص الاعتبارى فى مفاوضات مع الغير ، سواء كان شخصاً اعتباريا آخر ، أو شخصا طبيعيا ، فإن إرادة القبول هذه يجب أن تصدر من القائمين على إدارته ، فهم الذين يفكرون ثم يقررون ، ثم يعلنون هذه الإرادة إلى الطرف الآخر .

ويترتب على ذلك نتيجة مهمة مفادها أنه لا يملك اتخاذ القرار باسم الشخص الاعتبارى إلا الأفراد الطبيعيون الذين يعطيهم القانون أو النظام القانونى هذه الصفة . فقد تسند هذه الصفة إلى مجلس الإدارة أو إلى المدير العام ، أو إلى أشخاص متعددين لا يستطيع أحدهم أن ينفرد بالقرار [٤٧] .

فإذا صدرت إرادة القبول من فريق المفاوضين ، أو من شخص آخر ، ليس مفوضًا فى التعاقد نيابة عن الشخص الاعتبارى ، فلا يكون ذلك قبولاً للعقد .

ولذلك يراعى دائمًا فى إعداد المشروع النهائى للعقد ، تحديد الشخص الذى له صفة القبول والتعاقد نيابة عن الشخص الاعتبارى ، وأساس هذه الصفة .

وبالتالى يكون أى قبول للتعاقد من أى شخص آخر أيا ما كان دوره فى المفاوضات أو فى إعداد مشروع العقد أو فى التسلسل الإدارى ، غير ذى أثر قانونى .

القبول مع التحفظ الذهنى :

١٠٤

يقصد بالتحفظ الذهنى أن يعلن الشخص عمدًا عن إرادة التعاقد ، وهو لا يريد أن يتعاقد ، والطرف الآخر يعلم ذلك . وقد سمى ذلك بالتحفظ الذهنى ، لأن الشخص يكون لديه تحفظ بأن ما يقول لا يمثل إرادته الحقيقية .

مثال ذلك أن توافق شركة على عقد كبير لتوزيع منتجات شركة أخرى ، فى الوقت الذى تكون فيه الشركتان على وشك توقيع عقد آخر بالاندماج ، فيجب هنا على الشركة الأخرى أن تضع فى اعتبارها أن مثل هذا القبول مقترن بتحفظ ذهنى ؛ إذ لا توجد إرادة حقيقية للتعاقد ، وأن المسألة لا تعدو نوعًا من الدعاية لتدعيم مركز الشركة فى الأسواق .

ومن ذلك أيضًا الموافقة على عقد توريد من جانب الشركة المنتجة بثمن متواضع ، والطرف الآخر يعلم أن المقصود هو مجرد التصرف فى الأصناف الراكدة فى المخازن بقصد تهدئة الأسواق لمنع ارتفاع الأسعار .

فإذا كانت إرادة القبول مقترنة بالتحفظ الذهنى ، فإنها لا تنتج أثرها من حيث قيام العقد ، ولا يجوز للطرف الآخر أن يشكو ، ما دام يعلم أن القبول لا يعبر عن إرادة التعاقد . ويقع على عاتق الطرف الذى يدعى أن قبوله كان مقترنا بالتحفظ الذهنى أن يثبت علم الطرف الآخر بأن قبوله لا يعبر عن إرادة حقيقية فى التعاقد .

ومثل هذا الإثبات عادة ما يكون متعذراً ، باعتبار أن ذلك يتطلب التغلغل فى قرارة النفس لمعرفة خباياها .

هذا بالإضافة إلى أنه إذا حصل الطرف القابل على إقرار مكتوب من الطرف الآخر ، بأنه يعلم أن القبول ليس حقيقيا ولا يعبر عن إرادة التعاقد ، انقلب الأمر إلى صورية متفق عليها بين الطرفين ، وهنا يختلف الأمر . ففى العقود الصورية تكون العبرة بين الطرفين بالاتفاق الحقيقى المستتر ، ولكن بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فإنه يكون بالخيار بين التمسك بالعقد الظاهر أو الوضع الحقيقى حسب مصلحته .

هذا ولما كان القبول المقترن بالتحفظ الذهنى من شأنه إهدار الثقة بالعقود ، فإن القضاء ينفر من الحكم باعتبار العقد وكأنه لم ينعقد أصلا ، إلا فى الأحوال التى يثبت فيها على وجه اليقين علم الطرف الآخر بعدم توافر إرادة القبول ، إلى جانب وجود مظاهرتحيط بظروف التعاقد يفهم منها أنه لا توجد إرادة للقبول ، ومن ذلك عدم وجود أى إمكانيات للقابل لتنفيذ العقد ؛ أى أنه يفوق طاقته بكثير والطرف الآخر يعلم أن دخوله فى التعاقد كان لأسباب أخرى غير الالتزام [٤٨] .

القبول الذى يعد رفضا للتعاقد :

١٠٥ إذا انتهت المفاوضات إلى إعداد مشروع للعقد ، فإن القبول الذى يؤدى إلى انعقاد العقد ، هو الموافقة الخالصة والمجردة من أى تحفظ على مشروع العقد . ذلك أن قوام فكرة القبول هو أن تكون خالية من أى شائبة ، لأن القبول يفترض اتجاه الإرادة بصفة حاسمة وقطعية إلى الموافقة تماما على مشروع العقد ؛ أى الموافقة عليه برمته دون تحفظ [٤٩] .

وعلى ذلك لا يعتبر قبولاً حقيقياً كل رد من جانب الطرف الآخر يفهم منه ظاهريا أنه قد وافق على التعاقد ، إذا كانت هذه الموافقة مبنية على اختلاف فى الفهم ، أو مقترنة بتعديل فى الإيجاب .

أولاً ـ القبول المؤسس على اختلاف فى الفهم :

١٠٦ يحدث كثيراً من الناحية العملية ـ وبخاصة فى العقود الكبيرة التى تتم المفاوضات فيها عن طريق الرسائل والإيضاحات ـ ألا تكتفى الشركة القابلة بالتعبير عن إرادة القبول بعبارة وجيزة ، وإنما هى تحرص على تكرار العناصر الرئيسية التى تم الاتفاق عليها فى خلال المفاوضات ، وذلك بقصد إيضاح طريقة فهم الشركة القابلة لمضمون بعض العناصر الرئيسية للعقد ، وضمان أن العقد سينعقد على أساس هذا الفهم . مثال ذلك أن ترد الشركة بأنها توافق على أن تكون الماكينات الموردة من إنتاج مصانعها ، وتضيف فى برقية القبول «سواء المصانع الرئيسية أو المصانع التابعة للشركة ذاتها بدول أخرى» . فالقصد من تكرار عناصر العقد فى القبول هو إيضاح أن العقد سينعقد على أساس هذا الفهم من أن «إنتاج مصانعنا» يشمل أيضاً «المصانع التابعة أو الشقيقة فى دولة أخرى» .

فإذا كان هذا الفهم أو التوضيح غير مقبول من المتعاقد الآخر لم يقم العقد ، برغم أن الشركة الأخرى تسمى ردها بأنه قبول نهائى للعقد . فالتراضى هنا لم يوجد بعد ، وما زال هناك اختلاف أو خلط فى فهم المقصود من التزام معين ، وقد كشف عنه الرد الذى يسميه المرسل بأنه قبول للعقد . ومن شأن ذلك أن يحول تماماً دون قيام العقد ، ما دام من قام بالرد قد انفرد وحده بالتفسير الذى لا يرضى به الطرف الآخر (٥٠) . ويحسن فى هذه الحالة أن يبادر الموجب إلى الإعلان عن وجود سوء فهم للإيجاب لتسهيل مهمته فى إثبات عدم تطابق الإرادتين .

ثانيًا ـ القبول المقترن بتعديل فى مشروع العقد :

١٠٧ وقد يعلن الطرف الذى تلقى الإيجاب ، أو الطرف الآخر فى المفاوضات ، وبعد إعداد مشروع العقد بين الطرفين ، أنه يوافق على التعاقد ، ولكنه يقرن هذه الموافقة بتعديل فى الإيجاب أو فى مشروع العقد بالانتقاص أو بالزيادة ، أو بإضافة التزام أو حق ، أو بتقييد شىء من ذلك .

ومن ذلك قبول مشروع العقد مع تخفيض الثمن بنسبة معينة ، أو الزيادة فيه ، أو تعديل المواصفات ، أو بشرط رسو مناقصة ما على المشترى ، أو تعديل فى أى من العناصر الأساسية فى العقد .

ففى جميع هذه الأحوال يؤدى مثل هذا التعديل فى الإيجاب أو فى مشروع العقد إلى رفض التعاقد ، ويتحول هذا الرد إلى إيجاب جديد ، يتطلب قبولاً من الطرف الآخر .

على أن التعديل الذى يقترن بالقبول ويفسر بأنه رفض للتعاقد ، هو التعديل فى العناصر الرئيسية للإيجاب أو للعقد. أما التعديل الذى ينصب على غير ذلك من المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فلا يمنع من قيام العقد . ومن ذلك القبول الذى يتضمن تعيينًا أكثر دقة لمواصفات الأشياء المبيعة ، أو لحدود العقار ، أو التحفظ بإمكان التمسك بقاعدة قانونية معينة من القواعد العامة ، إذ هى ستطبق ولو لم تتم الإشارة إليها فى القبول ، مثل القبول مع التحفظ بالحق فى طلب الفسخ إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه ، أو التحفظ حول شرط الاختصاص القضائى المحلى [٥١] .

على أن قاعدة أن عدم الاتفاق على المسائل الثانوية لا يمنع من قيام العقد ، ما دام الاتفاق قد تم على المسائل الجوهرية ، هذه القاعدة تتقيد كما سبق البيان ، بألا يكون الطرفان قد اعتبرا مسألة ما ثانوية بمثابة مسألة جوهرية ، أو اتجهت نيتهما إلى عدم قيام العقد إلا بالاتفاق عليها [٥٢] . ويستفاد ذلك عادة من تخصيصها بالذكر فى الإيجاب أو فى مشروع العقد [٥٣] . ويقع هنا على الطرف الذى يدعى عدم قيام العقد بسبب تحفظ القبول بالنسبة لمسألة ما هى أصلاً من المسائل الثانوية ، أن يثبت أن ذكرها فى الإيجاب أو مشروع العقد قد قصد منه إضفاء الصفة الجوهرية عليها [٥٤]

القبول عديم الأثر :

١٠٨ حتى يرتب القبول أثره ، وهو قيام العقد ، يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة ، إن تخلف واحد منها كان هذا القبول عديم الأثر ، فلا يترتب عليه قيام العقد .

وهذه الشروط يتعلق أولها بوقت القبول ، ويتعلق الثانى بمضمون القبول ، بينما يتعلق الشرط الثالث بعلم الطرف الآخر بهذا القبول .

١ ـ القبول المتأخر :

١٠٩ لا يرتب القبول أثره إلا إذا لحق بإيجاب قائم ، فإذا وقع القبول بعد أن كان الإيجاب قد سقط لم يقم العقد ، لأنه يكون عديم الأثر فى هذه الحالة .

ووفقًا للقواعد العامة يكون الإيجاب قائمًا إلى أن يسقط بالرفض من جانب من وجه إليه ، أو بانقضاء الميعاد الذى اقترن به صراحة أو ضمنا ، أو بعدول صاحبه عنه فى الأحوال التى يكون فيها الإيجاب غير ملزم لعدم اقترانه بميعاد [٥٥] ، ومن ثم يكون أى قبول يصل إلى علم الموجب بعد سقوط الإيجاب عديم الأثر . ومن ذلك وصول القبول بعد انقضاء المدة المحددة بين الطرفين لتوقيع مشروع العقد ، أو بعد انقضاء المدة المحددة فى الإيجاب ، أو القبول الذى سبقه رفض للتعاقد من جانب من وجه إليه الإيجاب أو من جانب المتفاوض الآخر ، أو بانقضاء مدة معقولة تستخلص من الظروف بالنسبة للإيجاب الذى لم تحدد له مدة ، أو مشروع العقد الذى تم إعداده بين الطرفين وبقى بدون توقيع برغم انقضاء مدة معقولة .

٢ ـ القبول المخالف :

١١٠ سبق القول إن القبول يجب أن يكون مطابقًا للإيجاب ، بمعنى أن يعلن من وجه إليه الإيجاب بأنه قد قبله بحالته . وإذا انتهت المفاوضات إلى إعداد مشروع العقد ، لا يكون القبول منتجًا لأثره إلا بتوقيع العقد دون تعديل أو تحفظ .

على أنه من الناحية العملية تجب التفرقة بين مشروع العقد الذى تضمن كافة العناصر الأساسية والثانوية للعقد ، وذلك الذى اقتصر على المسائل الأساسية أو الجوهرية وحدها .

فإذا كان مشروع العقد كاملاً ، أى أنه لا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد فحسب ، بل يتضمن أيضا مجموع المسائل الثانوية والتفصيلية التى تتعلق بتنفيذ العقد ، مثل طريقة التسليم وإجراءات الوفاء بالثمن وتحديد الجهة المختصة محليا بنظر منازعات العقد . ففى هذه الحالة لا يقع القبول إلا بالموافقة على العقد فى مجموعه ، أى بكل ما يحتويه من شروط تتعلق بالعناصر الجوهرية وشروط تتعلق بالمسائل التفصيلية . فإذا تضمن القبول الموافقة على العناصر الجوهرية وحدها مثل تحديد المبيع والثمن ، مع استبعاد الشروط الثانوية أو التحفظ بشأنها ، فإن هذا القبول لا يكفى لقيام العقد ، وأساس ذلك أنه إذا كان الاتفاق على المسائل الجوهرية يكفى بذاته لقيام العقد ، ولو أغفل الطرفان الاتفاق على المسائل الثانوية ، فإن ذلك مشروط بألا تكون هذه الأخيرة محل اختلاف بين الطرفين .

ومن ثم فالقبول الذى يتضمن استبعاداً وتحفظاً على المسائل الثانوية فى مشروع العقد ، يعنى أن أحد الطرفين قد رفضها بعد أن اتفق عليها مع الطرف الآخر ، أى أن هناك خلافا نشب بين الطرفين بشأنها قبل التعاقد [٥٦] .

على أن بعض الفقه يرى أن ما يعطل قيام العقد ليس هو الاختلاف على المسائل الثانوية ، بل أن يتبين أن الطرفين قد اعتبراها من المسائل الجوهرية التى لا يقوم العقد إلا بالاتفاق عليها [٥٧] .

ولكن يبدو أن إدراج المسائل الثانوية فى مشروع العقد ، يعنى أن الطرفين يعلقان أهمية خاصة على الاتفاق عليها ، بدليل أنهما لم يتركا هذه المسائل للقواعد القانونية المكملة .

أما إذا كان مشروع العقد مقتصراً على العناصر الجوهرية للعقد وحدها دون العناصر الثانوية ، مثل الاكتفاء ببيان المبيع والثمن ، فإن القبول يؤدى إلى قيام العقد ، ولو تحفظ أحد الطرفين بصدد بعض المسائل الثانوية . ويجب عندئذ على الطرفين الدخول فى مفاوضات للاتفاق على هذه المسائل ، فإن هما أخفقا فى التوصل إلى

اتفاق بشأنها ، طبقت القواعد القانونية المكملة لإرادة الطرفين . ولا يجوز لأحد الطرفين أن يتحلل من العقد بدعوى الاختلاف على المسائل التفصيلية (٥٨) .

٣ ـ القبول الذى لا يعلمه الطرف الآخر :

١١١ لا ترتب الإرادة أثرها من حيث التزام صاحبها بما تعهد به ، إلا إذا عبر عن إرادته هذه . فالإرادة التى لم يتم التعبير عنها صراحة أو ضمنا لا ترتب أى أثر قانونى ، ولو تم إثباتها بطريقة أو بأخرى .

على أن التعبير عن الإرادة بمعناه الدقيق ليس هو مجرد إخراج القرار النفسى إلى الوجود المادى الخارجى ، بل يؤخذ بمعناه القانونى ؛ أى توجيه الإرادة إلى من يعنيه الأمر بحيث يصل إلى علمه . فلا يتم التعبير عن الإرادة إلا إذا قال المشترى للبائع على وجه الخصوص أوافق على الشراء .

ومن ثم فإنه إذا توصلت شركتان من خلال المفاوضات إلى إعداد مشروع العقد ، فأعلنت إحداهما فى الصحف أنها قد أبرمت العقد ، أو أبلغت إحداهما شركة ثالثة بأنها توافق على مشروع العقد ، أو صدر قرار من مجلس إدارة الشركة بالموافقة على هذا العقد ، فكل ذلك لا يؤدى إلى قيام العقد ، ما لم يوجه هذا القبول إلى الشركة الأخرى الطرف فى العقد ، ويصل إلى علمها .

هذا ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى الطرف الآخر قرينة على علمه به ، فذلك هو مألوف الأمور ، ولكن لهذا الأخير أن يثبت عكس ذلك ، بأنه لم يعلم بالقبول إلا فى تاريخ لاحق لذلك ، ليتوصل إلى تحديد تاريخ آخر لقيام العقد ، وعندئذ يتأخر قيام العقد إلى وقت العلم الحقيقى (٥٩) .

الرجوع فى القبول :

١١٢ الأصل أن يؤدى القبول إلى قيام العقد بصفة باتة ، ومن ثم لا يجوز لأى من الطرفين التحلل من هذه العلاقة العقدية إلا باتفاق مشترك فيما بينهما أو فى الأحوال

التى يقررها القانون . ويعبر عن الاتفاق على التحلل من العقد بالتقابل . أما الأحوال التى يسمح فيها القانون لأحد الطرفين بإنهاء العقد بإرادته المنفردة فهى متعددة ، ومنها انتهاء علاقة العمل باستقالة العامل ، وإلغاء الموكل أو الوكيل لعقد الوكالة .

على أنه فى غير هذه الأحوال يتصور أيضًا الرجوع فى القبول بعد تمامه ، ويكون ذلك فى حالة التعاقد بطريق العربون . فإذا قدم أحد الطرفين إلى الآخر مبلغًا من المال عند التعاقد ، يفترض أن الغرض من ذلك هو تقرير حق العدول لكل من الطرفين ، وذلك خلال مدة متفق عليها صراحة أو ضمنا تبدأ من وقت تمام العقد. فإذا كان من عدل هو الذى دفع العربون فقده ، وإذا كان من عدل هو من تلقى العربون التزم بإعادته ومعه مثله .

فإذا أراد أحد الطرفين أن يلغى هذه القرينة ، يجب عليه الاتفاق مقدمًا على أن المبلغ من المال الذى أداه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر قصد منه أن يكون العقد باتًا لا رجعة فيه ، وأن هذا المبلغ ما هو إلا مقدمة التنفيذ [٦٠] .

فإذا سكت الطرفان عن بيان صفة المبلغ الذى دفعه أحد الطرفين إلى الآخر وقت التعاقد ، وقامت قرينة بأنه عربون يعطى كلا الطرفين الحق فى العدول عن العقد ، فهذه القرينة ليست قاطعة ، وإنما هى تقبل إثبات العكس ، ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدعى أن هذا المال كان بقصد الدلالة على أن العقد قد أصبح باتًا لا رجعة فيه .

القبول الصريح للعقد :

١١٣ القبول الصريح للعقد ، هو التعبير عن إرادة القبول بطريقة من الطرق المألوفة للتعبير ، وهى الكتابة أو اللفظ أو الإشارة المتداولة عرفًا أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا فى دلالته على أن المقصود منه هو قبول التعاقد ، وذلك متى كان أى تعبير من هذه التعبيرات يقطع بأن المتعاقد قد أراد أن يتعاقد [٦١] .

وقد يتطلب القانون شكلاً خاصًا للتعبير عن الإرادة ، مثل الكتابة أو الرسمية ، أو توثيق العقد ، فعندئذ لا يقوم العقد إلا إذا تم التعبير عن القبول فى هذه القالب الشكلى .



وقد يتفق الطرفان من خلال المفاوضات ، أو من خلال علاقة سابقة ، أو باشتراط فى الإيجاب ، على ألا يقوم العقد بينهما إلا بالكتابة ، فيجب عندئذ احترام هذا الشكل للتعبير عن الإرادة حتى يقوم العقد .

التعبير الضمنى عن الإرادة :

١١٤ يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا ، إذا ما صدر من المتعاقد عمل إيجابى من غير المألوف أن يكون طريقًا للتعبير عن الإرادة ، ولكنه فى الظروف التى يقع فيها لا يفسر إلا بأنه تعبير عن إرادة قبول التعاقد . وأهم صور التعبير الضمنى عن قبول العقد هو التنفيذ . فمن المتفق عليه أن البدء فى تنفيذ العقد ، يعد قبولاً ضمنيًا له ، ولا يلزم فى هذا الصدد أن يكون التنفيذ كاملاً ، بل يكفى البدء فى التنفيذ [٦٢].

ويذهب القضاء إلى أن البدء فى تنفيذ العقد من جانب من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولاً للإيجاب الأصلى فحسب ، بل هو أيضًا قبول لكل تعديل لاحق ورد فى الإيجاب من الموجب ، ما دام الطرف الآخر قد علم به قبل البدء فى التنفيذ ، ومن ذلك الوفاء بالقسط الأول من الثمن دون تحفظ ، بعد زيادة الموجب لثمن العقد [٦٣].

وقضى أيضًا بأنه إذا احتفظت الشركة بالأشياء المعروضة عليها للبيع ، أو استخدمتها ، كان هذا قبولاً للعرض المقدم من الشركة التى عرضتها للبيع [٦٤] .

وينطبق هذا الحكم أيضًا على استمرار المتعاقد فى تنفيذ العقد بعد انتهائه ، إذ يعد ذلك قبولا ضمنيا بتجديد العقد ، ولو لم ينص فيه على شرط التجديد [٦٥] .

أما السكوت فلا يعد قبولاً إلا إذا تمخض الإيجاب عن منفعة خالصة للطرف الآخر ، أو كان هناك استمرار لتعامل سابق بين الطرفين ، أو كان العرف يقضى بذلك [٦٦] . ويفترق السكوت عن القبول الضمنى فى أن القبول الضمنى عمل إيجابى ، أما السكوت فهو أمر سلبى بحت [٦٧] .

المطلب الثانى
توقيع العقـد

مدى ضرورة التوقيع لقيام العقد :

١١٥ الأصل فى العقود هو الرضائية ، بمعنى أنه يكفى لقيام العقد تطابق إرادتين ، دون اشتراط شكل خاص للتعبير عن الإرادة (٦٨) .

فقد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً ، وقد يقع التعبير الصريح شفاهة أو كتابة أو بالإشارة ، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى الدلالة عن أنه يكشف عن إرادة التعاقد ، كما يعد البدء فى تنفيذ العقد من جانب الطرف الذى تلقى الإيجاب تعبيراً ضمنيا عن إرادته فى قبول التعاقد .

ومن ثم يتصور أن يعتبر العقد قد تم ، بعد انتهاء مرحلة المفاوضات ، إذا اتفق الطرفان ولو شفاهة على كافة المسائل الجوهرية التى تتصل بموضوع العقد . كما يعتبر العقد قد تم إذا ما شرع الطرفان فى التنفيذ ، كأن يدفع الطرف الأول القسط الأول من الثمن ويشرع الآخر فى التوريد .

على أن مبدأ الرضائية لا يخلو من مخاطر (٦٩) ، منها صعوبة التأكد من الانتقال حقاً من مرحلة المفاوضات إلى مرحلة التعاقد البات ، إذ أن الموافقة على جزئيات العقد لا تعنى حتماً الموافقة على العقد فى مجموعه ، فما زالت هناك النظرة الشاملة إلى اقتصاديات العقد ومدى ملاءمته وأهميته . ومنها صعوبة إثبات الاتفاقات الشفهية عند إنكار أحد الطرفين لوقوعها . ومنها أيضاً صعوبة إثبات مضمون الموافقة الشفهية التى قد تقصر عن تناول كل تفصيلات العلاقة العقدية . ومنها أيضاً التسرع فى إبداء الموافقة دون روية ، تحت تأثير الحماس والإغراق فى التفاؤل . ومنها عدم توافر مرجع مكتوب يتضمن أحكام العلاقة التعاقدية فتصعب مهمة القاضى ومهمة الطرفين عند نشوب نزاع بينهما . كما أن الغير الذى يعنيه قيام العقد يكون هو الآخر على غير علم بكل تفصيلات هذه العلاقة ، وبخاصة الجهات الرسمية والإدارية التى يعنيها معرفة تفصيلات العقد .

ولتلافى هذه المخاطر يتدخل القانون فى بعض الفروض ، فيشترط أن يكون العقد مكتوبًا وإلا كان باطلاً ، مثل : عقود الشركات وعقود بيع السفن وعقود القرض والصلح وغيرها من العقود .

وقد يشترط القانون أن يكون العقد مكتوبًا دون النص على البطلان . ويبدو فى مثل هذا الفرض أن المسألة لا تتعلق بعدم جواز الإثبات بغير الكتابة ، ولكن تتعلق بالبطلان ، باعتبار أن قواعد الإثبات تتكفل بهذه المسألة ، وأن المقصود من النصوص التى تتطلب الكتابة فى أحوال خاصة ، ليس إعادة تنظيم عملية الإثبات ، ولكن اعتبار الكتابة ركنًا فى العقد لا يقوم إلا بتوافرها (٧٠) .

على أن القضاء ما زال على إخلاصه للمبدأ العام وهو رضائية العقود ، ومن ثم فهو يعتبر عدم النص على البطلان عودة إلى الأصل ، وليس إلى الاستثناء وهو الشكلية ، ولكنه لا يسمح فى الإثبات إلا بما يقوم مقام الكتابة التى تخلفت ، مثل مبدأ الثبوت بالكتابة مع تدعيمه بشهادة الشهود (٧١) .

وفى غير الأحوال التى يفرض فيها القانون أن يكون العقد مكتوبًا ، نرجع إلى الأصل وهو الرضائية فى العقود . ولكن هذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام ، إذ يجوز دائمًا للطرفين الخروج عنه بالاتفاق على أن العقد لا يقوم إلا بالكتابة (٧٢) .

فإذا اتفق الطرفان على أن يكون العقد مكتوبًا ، يجب أن يكون واضحًا من اتفاقهما أن العقد لن يقوم بغير التعبير عن الإرادتين بالكتابة ، وإلا فإن اتفاقهما يفسر بأنه لا يجوز إثبات العقد إلا بالكتابة ، وذلك بعكس الأمر فيما لو كان القانون هو الذى اشترط الكتابة (٧٣) .

وفى جميع الأحوال التى تشترط فيها الكتابة لقيام العقد ، لا يتم العقد إلا بالتوقيع عليه من جانب طرفيه (٧٤) ، وأساس ذلك ما تقضى به القواعد العامة من أنه لا يحتج بالورقة العرفية إلا على من وقعها ، كما أن التوقيع يعتبر عندئذ نوعًا من الشكل الاتفاقى الذى لا يقوم العقد إلا به (٧٥) .

فلا يكفى إذن فى حالة اشتراط الكتابة الاعتراف بنجاح المفاوضات ، ولو تم تحرير محضر مكتوب بنجاح المفاوضات ، أو تبادل الطرفان برقيات التهنئة بنجاحها ، أو تحرر محضر مكتوب بما تمت مناقشته من موضوعات وبنجاح الاتفاق بشأنها ، بل يجب توقيع العقد كشرط ضرورى لقيامه (٧٦) .

فالكتابة المشروطة لقيام العقد ، ليست هى مجرد كتابة مضمون العلاقة العقدية ، لأن الكتابة وحدها بغير توقيع لا يحتج بها ولو كانت جميعها بخط يد من كتبها ، ما لم يقر بها أمام القضاء ، وعندئذ يثبت الالتزام بطريق آخر من طرق الإثبات هو الإقرار القضائى ، وليس الكتابة .

ومن هنا تبدو أهمية التوقيع على العقد ، فلا تتحقق الكتابة المتفق عليها إلا بالتوقيع ، ولا يجوز القول بقيام عقد لم يتم التوقيع عليه ، حتى لو شرع أحد الطرفين فى التنفيذ ، باعتبار أن الاتفاق على الكتابة ، يعنى أن الطرفين قد اختارا طريقًا واحداً من طرق التعبير الصريح عن الإرادة ، واستبعدا ما عدا ذلك من طرق بما فيها التعبير الضمنى عن الإرادة .

ويتم الاتفاق على أن العقد لا يقوم إلا بالكتابة ـ كما سبق القول ـ باشتراط ذلك فى أوراق المناقصة ، أو الدعوة إلى التعاقد ، أو كشرط من شروط الإيجاب ، أو فى محضر أثناء المفاوضات ، أو من واقع إعداد مشروع للعقد ، فيفهم من ذلك أن الطرفين يعلقان قيام العقد على توقيع هذا المشروع ، وليس على شكل آخر من أشكال التعبير عن الإرادة [٧٧] .

الصفة فى التوقيع :

١١٦ الأصل أن يصدر التوقيع من الشخص ذاته الذى دخل طرفا فى العقد ، وذلك باعتبار أنه لا يحتج على الشخص إلا بتوقيعه هو .

فإذا كان طرف العقد شخصًا طبيعيًا فالأصل أن يوقع هو بشخصه . أما إذا كان شخصًا اعتباريا فإن النظام الداخلى للشركة أو قواعد القانون الإدارى هى التى تحدد من له الصفة فى التوقيع عن الشخص الاعتبارى ، سواء كان شخصًا اعتباريا خاصا أو عاما [٧٨] .

وقد تكون الصفة فى التوقيع مقررة لشخص بمفرده ، مثل المدير أو عضو مجلس الإدارة المنتدب أو أحد الشركاء ، وقد تتقرر لأكثر من شخص فلا يجوز لأحدهم الانفراد بالتوقيع وإلا كان هذا التوقيع عديم القيمة .

وقد يتدخل القانون فيعطى الحق فى التوقيع عن الشخص الاعتبارى لشخص طبيعى تتوافر فيه صفة معينة ، مثل الشريك المتضامن فى شركات الأشخاص ، أو مدير الجمعية المفوض من مجلس الإدارة .

كما قد تتدرج الصفة فى التوقيع عن الشخص الاعتبارى بحسب أهمية التصرف ، وذلك حسب ما إذا كان الأمر متعلقا بعقد من عقود التصرف ، أو عقد من عقود الإدارة ، أو حسب قيمة التصرف .

وقد تتوافر الصفة فى التوقيع لنائب يعبر عن إرادة الشخص الطبيعى أو الاعتبارى . وقد تكون هذه النيابة قانونية إذا كان القانون هو الذى يحدد سلطات النائب ، مثل نيابة الولى أو الوصى عن القاصر ، وقد تكون نيابة قضائية إذا كان القاضى هو الذى يحدد شخص النائب ومدى سلطاته ، مثل الحارس القضائى ، وقد تكون اتفاقية وهذه هى الوكالة .

والأصل أن يبين النائب أو الوكيل صفته عند التوقيع حتى لا تنصرف إليه آثار العقد ، إذ أن شرط انصراف آثار العقد إلى الأصيل هو أن يتم التعاقد باسم الأصيل . على أن آثار العقد تنصرف مع ذلك إلى الأصيل برغم عدم إفصاح النائب أو الوكيل عن صفته هذه ، إذا كان فى استطاعة الطرف الآخر أن يعرف أن النائب لا يتعاقد لحساب نفسه ، مثل رئيس مجلس إدارة الشركة لا يعلن عن صفته فيفهم أنه يوقع عن الشركة التى يعمل لحسابها ، وكذلك إذا كان يستوى لدى الطرف الآخر أن يتعاقد مع شخص أو مع آخر ، بمعنى أن شخصية المتعاقد لا تعنيه ، مثل شراء بضاعة حاضرة يشتريها شخص لا يعلن صفته كوكيل إلا بعد التعاقد .

والأصل أيضاً أنه إذا تجاوز النائب حدود نيابته ، فإن توقيعه لا يلزم الأصيل . ومع ذلك فإن الأصيل يلتزم بالتصرف المتجاوز للنائب فى حالة الإجازة اللاحقة من الأصيل لهذا التجاوز ، وفى الحالات التى يتعاقد فيها الوكيل بعيداً عن الأصيل وتوحى الظروف بأن الأصيل ما كان إلا ليوافق لو عرض عليه الأمر ، وكذلك فى حالة الوكالة الظاهرة حيث يدعى الشخص لنفسه صفة الوكالة ، وهو إما ليس وكيلاً أصلا لإلغاء وكالته أو لعدم وجودها ، وإما لأنه متجاوز لسلطاته . فإذا كان الطرف الآخر حسن النية لا يعلم بهذا التجاوز فى سلطات الوكيل أو بعدم وجود سند لوكالته ، وكان الأصيل قد ساهم بإهماله وعدم حرصه فى خلق هذه الظروف التى أوحت إلى الغير بوجود الوكالة ، فإن

توقيع هذا الوكيل المزعوم أو المتجاوز يكون ملزمًا للأصيل . ومن ذلك غموض سند الوكالة ، أو تركه تحت يد الوكيل برغم إلغائه أو عدم الإعلان عن إلغاء الوكالة [٧٩] .

شكل التوقيع :

١١٧ وفقًا للقواعد العامة قد يتخذ التوقيع شكلاً من أربعة ، وهى الخط أو الإمضاء أو البصمة أو الختم . ويقصد بالخط أن يكتب الشخص اسمه كاملاً ، أما الإمضاء فهو شكل تعود الشخص على أن يعبر به عن شخصيته ولو لم يكن مقروءًا ما دام الشخص قد تعود عليه وارتضاه لنفسه . أما البصمة فهى بصمة الإصبع وعادة ما تكون بصمة الإبهام . وأما الختم فهو أداة تصنع من أى مادة عليها حفر يمثل اسم الشخص أو إمضاءه .

والأصل أن أيًا من هذه الصور الأربعة يمكن أن يكون مقبولاً للتوقيع . ولكن القضاء يتردد فى قبول بعض الأشكال فى بعض الظروف . فالختم الذى يستخدمه الشخص الطبيعى لا يقبل إذا كان الشخص متعلمًا يجيد الكتابة ، أو كان الختم لمدير فيجب أن يقرنه بالتوقيع بخط اليد ، لأن الختم يكون عادة فى حوزة السكرتير . كذلك لا تقبل البصمة المنسوبة إلى من يجيد الكتابة أو الشخص المتعلم .

وإذا كان للشخص حرية اختيار الخطوط التى يشكل منها إمضاءه ، فإن ذلك مقيد بألا تكون خطوطًا بسيطة عديمة التعبير أو سهلة التقليد ، مثل خط واحد مستقيم ، بل يجب أن يكون فى الإمضاء بعض ملامح اسم الشخص صاحب الإمضاء [٨٠] .

مكان التوقيع :

١١٨ لما كان شرط الاحتجاج بالورقة على من يدعى صدورها منه هو توقيعه عليها ، فإن الشخص لا يلتزم إلا بما يعلو توقيعه .

والأصل أن يكون التوقيع فى نهاية العقد ، وفى نهاية كل صفحة من صفحات العقد . وقد جرى العمل على أن يكون التوقيع فى نهاية العقد كاملاً ، وأن يكون مختصراً فى نهاية كل صفحة من صفحات العقد .

كما جرى العمل أيضًا على أن يوقع رئيس المنشأة أو المؤسسة على الصفحة الأخيرة فقط اكتفاء بتوقيع تابعيه على جميع صفحات العقد ، ويعد هذا إقرارا منه لكل ما وقع عليه هؤلاء .

ويجب أن يتم توقيع جميع صفحات العقد ، بما فى ذلك ملحقات العقد إلى جانب الوثيقة الأصلية .

على أنه فى بعض الفروض قد تكون ملحقات العقد من الكثرة أو الضخامة بحيث لا يتسع الوقت لتوقيعها عند التوقيع النهائى للعقد من جانب صاحب الصفة فى التوقيع ، وبخاصة فى المواصفات الفنية والرسومات ، وفى هذه الأحوال يمكن الإشارة فى العقد إلى أن الملحقات الموقعة من الفنيين التابعين للطرفين تعتبر جزءًا لا يتجزأ من العقد ، ومن ثم يشمل التوقيع على العقد هذه الملحقات برغم عدم التوقيع عليها [٨١] .

وإذا ما جاءت بعض فقرات العقد لاحقة للتوقيع ، فالأصل أنها لا تلزم من وضع توقيعه على العقد ، ما دام التوقيع بحكم مكانه من الصفحة يوحى بأنه كان يمثل نهاية للكتابة التى وردت فى الصفحة [٨٢] .

التوقيع غير المتعاصر أو بين الغائبين :

١١٩

وفى الأحوال العادية يتم التوقيع على العقد من جانب الطرفين فى الوقت ذاته ، أى متعاصرا .

ولكن قد يحدث من الناحية العملية أن يوقع واحد من الطرفين على العقد ، ثم يرسل العقد إلى الطرف الآخر للتوقيع ، سواء فى البلد ذاته أو فى بلد آخر ، أى فى وقت آخر ، عندئذ يكون التوقيع غير متعاصر .

وفى مثل هذه الحالة يكون من الأهمية بمكان معرفة مكان وزمان انعقاد العقد ، وهل ينعقد بصدور التوقيع الثانى من صاحبه ، أو بوصول الرسالة أو البرقية أو الفاكس الذى يحمل التوقيع ، أو بعلم الطرف الآخر بوصول هذا التوقيع . وفى أى مكان يعتبر العقد قد تم ، مادام كل توقيع قد حدث فى بلد مختلف عن البلد الآخر .

وتبدو أهمية مسألة معرفة زمان ومكان انعقاد العقد فى التوقيعات غير المتعاصرة ، فإن تحديد تاريخ العقد يتوقف عليه معرفة ما إذا كان القبول قد لحق بالإيجاب وهو ما زال قائماً أم لا . مثال ذلك أن تحدد مدة لتوقيع مشروع العقد ، فيصدر الخطاب الذى يحمل توقيع الطرف الآخر وموافقته على التعاقد فى خلال هذا الموعد ، ثم لا يصل إلى الطرف الآخر إلا بعد انقضاء هذا الموعد .

كذلك قد يفقد الخطاب الذى يحمل موافقة وتوقيع الطرف الآخر ، فى أثناء إرساله بالبريد ، فلو قلنا إن العقد ينعقد بصدور القبول لأصبح العقد قائماً ، بينما لو قلنا إن العقد لا ينعقد إلا بوصول القبول لم ينعقد العقد .

يضاف إلى ذلك أنه فى بعض الأحوال تنتقل تبعة الهلاك من متعاقد إلى الآخر فى لحظة توقيع العقد ، وعندئذ يكون من المهم معرفة ما إذا كان العقد قد انعقد بصدور القبول أو بوصوله .

وتبدو أهمية معرفة مكان انعقاد العقد ، فى أن اختصاص المحاكم قد يقوم على أساس المكان الذى أبرم فيه العقد ، وما إذا كان داخل البلاد أو خارجها . كما أن تحديد القانون واجب التطبيق على العقد يتحدد فى بعض الفروض على أساس مكان إبرام العقد ، وذلك وفقاً لأحكام القانون الدولى الخاص (٨٣) .

وما زال القضاء الفرنسى غير مستقر بعد على رأى بسبب إحجام محكمة النقض هناك عن حسم الأمر ، باعتباره من مسائل الموضوع التى يستقل القضاة بالنظر فيها دون رقابة من المحكمة العليا (٨٤) .

على أن بعض القوانين حسمت هذه المسألة بنص تشريعى (٨٥) ، فاعتبرت أن العقد بين الغائبين ـ أى الذين لا يجمعهم عند التوقيع مكان واحد ولا زمان واحد ـ يتم فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الطرف الآخر بالقبول ، ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به ما لم يثبت العكس ، كل ذلك ما لم يتفق الطرفان على وضع مخالف .

توثيق العقد :

١٢٠ الأصل أنه يكفي لقيام العقد مجرد التراضي بين الطرفين ، دون حاجة إلى اشتراط شكل خاص تفرغ فيه إرادة الطرفين .

غير أنه في بعض الأحوال ولاعتبارات عملية ، قد لا يكتفي الطرفان باشتراط الكتابة والتوقيع لقيام العقد ، بل يتفقان أو يلزمهما القانون بأن يكون العقد موثقًا .

ويقصد بتوثيق العقد ، أن يتدخل موثق مختص في تحرير العقد ، حيث يقوم بقراءة العقد ومراجعته ، وأحيانا يقوم هو بصياغته ، ثم يتأكد من توقيع الطرفين أمامه ، ويوقع هو بالتصديق إما على أن العقد قد حرر بمعرفته وإما بأنه اكتفى بالتصديق على توقيع الطرفين [٨٦] .

وتختلف الدول فيما بينها من حيث تحديد من له سلطات واختصاص الموثقين . فالبعض يسمح بها لمكاتب خاصة بشروط معينة ، ولكن أغلب الدول تعهد بهذه المهمة إلى موظفين عموميين تابعين لوزارة العدل .

ومن فوائد توثيق العقود أن صياغتها تكون دقيقة باعتبار أنها تحرر بمعرفة موثق محترف ومدرب ، أو هو على الأقل يقوم بمراجعتها فتتلافى بذلك ركاكة الصياغة وما تسببه من مشكلات في التنفيذ .

كذلك يحتفظ الموثق بصورة من العقد الموثق ، فتكون مرجعًا للخصوم أو القاضي عند فقد إحدى نسخ العقد أو الخلاف حول مطابقتها للأصل .

ومن فوائد توثيق العقود أيضًا أن العقد الموثق يصبح ثابت التاريخ ، بمعنى أن التاريخ الذي يثبته فيه الموثق يكون حجة على الطرفين ، فلا يجوز الادعاء من بعد بأن العقد قد حرر في وقت غير الذي ذكر فيه ، وهذه مسألة مهمة ، وبخاصة في الحالات التي ترتب فيها أسبقية التعاقد آثارًا قانونية معينة ، مثل ملكية المنقول . فإذا باع شخص بضائع لأكثر من شخص كل منهم بعقد مستقل فتنازعوا فيما بينهم ، يفضل منهم من كان تاريخ عقده ثابتًا ـ عن طريق التوثيق مثلاً ـ وكان ذلك الشخص أسبق من غيره .

ومن فوائد توثيق العقود أيضًا أن تدخل الموثق بالتصديق على توقيع الطرفين يؤدى إلى اكتساب واقعة التوقيع صفة الرسمية ، وهو ما يحرم أيًا منهما من إنكار التوقيع فيما بعد ، ولا يكون أمامه إلا الطعن بالتزوير إن كان يعتقد أن هذا التوقيع ليس توقيعه بل تم تزويره عليه .

ومن فوائد التوثيق أيضًا أن ما أثبته الموثق من مسائل شاهدها بنفسه أو تلقاها من ذوى الشأن ، مثل إثباته أن أحدهما قد سلم الثمن إلى الآخر ، تعد حجة على الطرفين حتى يثبت العكس (٨٧) .

الآثار المترتبة على التوقيع :

١٣١ يترتب على التوقيع قيام العقد ، وهذه مسألة بديهية ، ولكن يثور التساؤل عما إذا كان مضمون القبول يتسع حتمًا ليشمل كل ما ورد فى مشروع العقد من أحكام منصوص عليها فيه ، أو محال إليها ، وكافة ما ورد فى المستندات المرفقة بالعقد ، وما ورد فى اللوائح الداخلية التى تحدد الشروط العامة للتعاقد التى يسير عليها أحد الطرفين فى علاقاته بالغير .

١ـ القبول ونصوص الوثيقة الرئيسية للعقد :

١٣١م إذا ما انتهت المفاوضات إلى إعداد مشروع للعقد ، فمعنى ذلك أن التعبير عن الإرادة قد اتخذ شكلاً مكتوبًا ، وعندئذ يقع القبول بالتوقيع على هذا المشروع .

ووفقًا للقواعد العامة فى الإثبات يعنى التوقيع انصراف الإرادة إلى قبول كل ما ورد فى الورقة ، من جانب من ينسب إليه هذا التوقيع .

وبمعنى آخر يكون كل ما ورد فى الورقة حجة على من وقع عليها بالموافقة ، ما لم يثبت عكس ذلك بدليل يصلح لمواجهة الكتابة . والمعروف أنه لا يهدم الكتابة إلا كتابة أخرى ، أو إقرار بما يخالفها من جانب من يتمسك بها (٨٨) .

ولكن هل يصدق ذلك أيضا ولو كان من وضع توقيعه على وثيقة العقد يجهل فعلاً بعض النصوص أو العبارات التى وردت فيها ، خصوصا فى الفرض الذى يستقل فيه الطرف الآخر بإعداد مشروع العقد ؟ ألا يتصور أن يستغل الطرف الذى أعد العقد هذه الفرضية فيدرج فى نصوص العقد عبارة أو لفظًا لصالحه ، فلا يفطن الطرف الآخر إلى ذلك ويوقع العقد وهو راثق بأن المشروع لا يختلف بحال عما تم الاتفاق عليه فى أثناء المفاوضات ؟

تنبهت العديد من التشريعات لهذه المسألة ، فنصت فى مواطن متعددة على وجوب أن تكون بعض الشروط المهمة ظاهرة أو بارزة أو مما يلفت نظر القارئ ، وفى حالة المخالفة يكون الجزاء هو عدم جواز الاحتجاج بالشرط غير الظاهر فى مواجهة الطرف الآخر الذى لم يعد العقد . ويلاحظ ذلك فى عقود التأمين والتعامل مع البنوك وبيع السيارات والشقق السكنية وتعديل الاختصاص القضائى [٨٩] .

وفى غير هذه الحالات التشريعية الخاصة يشير مسلك القضاء إلى أنه يجب احترام قرينة أن التوقيع على وثيقة العقد يفترض العلم بكل ما جاء بها ، ومع ذلك فهى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس .

وفى هذا الصدد ذهبت بعض أحكام القضاء إلى عدم جواز الاحتجاج على المتعاقد بالشروط المخالفة للقواعد العامة ، التى تشير طريقة التوقيع إلى أنها لم تثر انتباه المتعاقد . ومن ذلك شروط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية [٩٠] ، وشروط تحديد الاختصاص القضائى المحلى بما يخالف قواعد قانون المرافعات [٩١] ، وشروط تحديد المسئولية أو الإعفاء منها [٩٢] ، والشروط التى تنقل تبعة الهلاك من عاتق أحد الطرفين إلى الطرف الآخر [٩٣] .

ويقع عبء إثبات عدم معرفة مضمون بعض ما ورد فى شروط وثيقة العقد على عاتق المتعاقد الذى يدعى بذلك . فإذا هو أفلح فى الإثبات ، فإن الأثر المترتب على ذلك يختلف حسب أهمية الشروط محل الاعتراض . فإذا تبين أن الشرط كان من الأهمية بحيث لو كان المتعاقد يعلم به ما أقدم على التعاقد ، ترتب على ذلك بطلان العقد فى مجموعه ، بينما يؤدى عدم العلم بالشروط الأقل أهمية إلى عدم نفاذها فى مواجهة المتعاقد [٩٤] .

وبديهى أن ما ينطبق على نصوص الوثيقة الرئيسية للعقد ، ينطبق أيضًا على التوابع القانونية للعقد ، ويقصد بها الالتزامات التى يفرضها القانون أو العرف أو العدالة . فالقاعدة أن المتعاقد لا يلتزم بما ورد فى العقد فحسب ، بل يلتزم أيضًا بما يفرضه القانون والعرف والعدالة فى مثل هذا النوع من العقود ، ومن ثم فإن هذه التوابع القانونية للعقد تعد جزءًا من العرض أو الإيجاب ويلحقها القبول ولو لم يتم النص عليها فى العقد [٩٥] .

٢ ـ القبول والشروط الواردة فى ملحقات العقد :

١٢٢

إذا اشتمل العقد على ملحقات تتضمن تفصيلات فنية من رسومات ومواصفات وأحكام أخرى تتعلق بالتسليم والتنفيذ ، فإنه تجرى الإشارة فى متن العقد إلى هذه الملحقات على أنها جزء لا يتجزأ منه . وهنا يثور التساؤل عما إذا كان يفترض فى المتعاقد الذى وقع على وثيقة العقد العلم الكامل بكل تفصيلات هذه الملحقات .

يبدو من مطالعة أحكام القضاء أنه إذا استقل أحد الطرفين بصياغة بعض ملحقات العقد ـ مثل القواعد العامة للبيع أو التوريد التى تضعها الشركات الكبرى لنفسها ، وترفقها بكل عقد تدخل فيه على أنها من ملحقات العقد التى تعتبر جزءًا لا يتجزأ منه ـ ثم تبين أنها تنطوى على شروط مخالفة للقواعد العامة لصالح من وضعها ، وقد وردت فى ملحقات العقد ، وكان من الطبيعى أن تدرج فى متن العقد وليس فى ملحقاته ، لتكون أكثر إثارة لاهتمام المتعاقد الآخر ، وقريبة جدًا من إرادة القبول ، فإنه يمكن الدفع بعدم الاحتجاج بها من قبل هذا الأخير متى أثبت عدم العلم بها حقيقة [٩٦] .

الهوامش

(1) Savatier : Les contrats de conseil professionnel en droit privé, D. 1972 , p.137- Mialon : Etude juridique d'un contrat de conseil, Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 3 .

(2) Viney (G.) : La responsabilité des entreprises prestataires de conseils, J.C.P. 1975 , 1, 2750 .

(3) Schmidt : Négociation et Conclusion de contrats , no 348 , p. 181 .

(4) Paris , I5 mai 1975 , J.C.P. 1976.1. 18265, obs. Boitard- En meme sens, Paris 12 juill. 1972 , Gaz. Pal. 1972 .2. 804, note Merget, J.C.P. 1974.11. 17603, note N.S.

(5) Rennes , g juill. 1975 , D. 1975,p. 417, note Schmidt

(6) Schmidt : Négociation et conclusion des contrats , 1982 , no 348.

(7) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats , no 350 .

(8) Gross : La notion d'obiligation de garantie dans le droit de contrats . no 205.

(9) Ghestin : Droit civil, le contrat, no 459 - Ghestin : L'application des régles speci - fiques de la vente à la responsabilité des fabricants et distributeures des produits, 1975, no 62, p.49 .

(10) Viney (G.) : L'application du droit commun de la responsabilité aux fabricants et distributeurs de produits, 1975, p.79.

(11) Com. 25 nov. 1963 , Gaz. pal. 1964 .1.281- Com. 25 juin 1980 , J.C.P. 1980. 1.9103.

(12) Com. 17 mars 1981 , J.C.P. 1981.1. 9783 .

(13) Com. 25 Juin 1980. Rev. tr. dr. civ. 1981 157 , no l, obs. Durry.

(14) Civ. 7 avr. 1976 , J.C.P. 1970 , Iv. 1800-Civ. 5 nov. 1980 , Bull. civ.III, no 170, p. 128 .

(15) Rouen 18 mai 1973, J.C.P.1974.11. 17867, note Gross, Rev. trim. dr. civ. 1974. 164. obs. cornu.

(16) Paris : 4 janv. 1980, Gaz. Pal. 1980.11.595, note De Fantbressint.

(17) Paris 23 sept. 1971 , Gaz. Pal. 1972.1.100- Com. 14 mai 1974, D.1975.1. 97, note Groutel et Boss .

(18) Civ. 13 juin 1973, Bull. civ. 11, no 412, p. 298

(19) Com. 17 mars 1981, J.C.P. 1981.1. 9783 .

(٢٠) ولعل أهم النتائج التى تترتب على اعتبار الخطأ تقصيرياً وليس عقديا هو أن التعويض فى الحالة الأولى يكون أشد قسوة ، إذ هو يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع ، ولو كان الخطأ يسيرا ، بينما لا يشمل فى المسئولية العقدية الضرر غير المتوقع إلا إذا كان الخطأ جسيما أو عمدا . كما أنه فى حالة المسئولية العقدية يصح الاتفاق على تحديد المسئولية أو تخفيفها أو الإعفاء منها ما دام الخطأ ليس جسيما أو عمدا ، بينما لا يجوز ذلك فى المسئولية التقصيرية ولو كان الخطأ يسيرا ، هذا إلى جانب أن التضامن بين المسئولين يقع بقوة القانون فى المسئولية التقصيرية ، بينما لا يقوم إلا باتفاق أو نص فى المسئولة العقدية .

(21) Starck : Droit civil , Obligations , no 274 - Ghestin : Droit civil , le contrat , no 476 .

(22) Schmidt : La sanction de la faute precontractuelle.Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 47, no 26 et s.

(23) Schmidt : Négociatiom et conclusion de contrats , no 359 .

(24) Ghestin : Droit civil , Obligations, le contrat, no 942 .

(25) Schmidt : Négociations et conclusion de contrats, no 360 .

(26) Schmidt : op.cit., no 363 .

(٢٧) انظر على سبيل المثال المادة ١١٩ من القانون المدنى المصرى .

(28) Civ. 29 nov. 1968 ,Gaz. Pal. 1969.1.63- Com 14 mars 1972, D. 1972.1.633, note Ghestin.

(29) Schmidt : op.cit., no 346 .

(30) Com. 7 mars 1972, Rev. trim. dr. civ. 1972, p.779,obs. Durry .

(31) Schmidt : op.cit., no 362 .

(32) Com. 14 mars 1972, D.1972. 653, note Ghestin .

(33) Civ. 4 fevr.1975, J.C.P. 1975.11.18100, note Larroumet D. 1975. 405 , note Gaury, Rev. trim . dr. civ. 1975. 537, obs. Durry.

(34) Civ. 29 nov. 1968, Gaz. Pal 1969.1. 63

(35) Com. 11 juill. 1977 , D. 1978. 150 note Larroumet-Civ.14 nov. 1979, D. 1980. 264, obs. Ghestin.

(36) Schmidt : op. cit., no 367.

(37) De Juglart : L'obligation de renseignement dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1945,p.1 no 47 et s. - Schmidt : La sanction de la faute precontractuelle, Rev. trim. dr. civ. 174, p.47, no 43 et s. - Boyer : L'obligation de renseignements dans la formation du contrat, no310, p. 425 et s. - Lucas de Leyssac : L'obligation de renseignements dans les contrats, art. prec. 1978, no 26 et s. p. 319 et s - Ghestin : Droit civil, le contrat, no 470 - Jourdain (P.) Le devoir de se renseigner, contribution à l'étude de l'obligation de renseignement , D.1983, Chron xxv, p.139 .

(38) Flour et Aubert : Les obligations , l'acte juridique , no. 153 et s .

(39) Flour et Aubert : op. cit., no 139 .

(40) Weill et Terré : Droit civil , Introduction générale , no 394 .

(41) Flour et Aubert : op. cit., no 160 .

(42) Mousseron : La durée dans la formation des contrats , p. 515 .

(43) Carbonnier : Droit civil , t.4 , no 12, p. 48 .

(44) Flour et Aubert : op. cit., no 129 .

(45) Ghestin : Droit civil, Contrat , no 283 - A. Rieg : Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Trav. Ass. H. Capitant, 1968, p. 43 et s.

(46) Schmidt : op. cit., no . 523 .

(47) P. Diener : Le silence et le droit, th., Bourdeaux , 1975 , p. 99 no 104. - J.G. Seraa : Le refus de contracter , th., Paris , 1967 , L.G.D.J., p. 157 - M. J . Littman : Le silence et la formation du contrat , th., Strasbourg , 1969 , p. 72 - Ghestin : op.cit., no 281 .

(48) Flour et Aubert : L'acte juridique , no 153 .

(49) Flour et Aubert : op. cit. , no 153 .

(50) Weill et Terré : Droit civil , les obligations , no 146 .

(51) Flour et Aubert : Les obligations , l'acte juridique , no 140 .

(52) Planiol et Ripert : Droit civil , t. 6, par P.Esmein , no 99 .

(53) Mazeaud : Leçons de droit civil , t. 2, no 138 .

(٥٤) انظر على سبيل المثال المادة ٩٣ من القانون المدنى المصرى التى أخذت بهذا المبدأ .

(55) Planiol et Ripert : Droit civil , t. 6 par P. Esmein, no 99 .

(56) Mazeaud : Leçons de droit civil , t. 2, no 138 .

(57) Starck : Droit civil , Obligations , no 282 .

(58) Flour et Aubert : Les obligations , l'acte juridique , no 161.

(59) Starck : Droit civil , Obligations , no 322 et s .

(60) Rieg : Les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français , Traveaux Association H. Capitant , 1968 , p. 43 .

(61) Planiol et Ripert, t.6 par P. Esmein , no 136 - Marty et Raynaud : Droit civil , t. 2 , no 64 - Mazeaud : leçons , t. 2, no 635 .

(62) Com. 28 janv. 1975, Bull . IV, no 22.

(63) Com. 17 oct. 1961, D. 1962. 106 - Civ. 21 oct. 1958, Bull no 355 .

(64) Boyer : Encycl . Dalloz , Rép. dr. civ. vo contrats et conventions , no 162 et s .

(65) Weill et Terré : Droit civil, les obligations , no 130 - Mazeaud : Leçons de droit civil , t . 2, no 137 .

(66) Planiol et Ripert , t. 6 par P. Esmein , no 108 .

(67) Weill et Terré : Les obligations , no 115 et s. - Flour et Aubert : L'acte juridique , no 299 et s. - Ghestin : Le contrat , no 259 et s. - Starck : Obligations , no 133.

(68) Weill et Terré : op.cit., no 117 - Flour et Aubert : op. cit., no 303 - Ghestin : op. cit., no 268 et s. - Starck : op. cit., no 180 et s.

(69) Flour et Aubert : Les obligations, l'acte juridique, no 310 .

(70) Weill et Terré: Les obligations , no 118 .

(71) Weill et Terré : Les obligations , no 124 .

(72) Weill et Terré : Les obligations , no 124 .

(73) Weill et Terré : Droit civil , introduction générale , no 394 .

(74) Weill et Terré : Introduction générale , no 395 .

(75) Weill et Terré : Introduction générale , no 393 .

(76) Weill et Terré : Introduction générale , no 394 .

(77) Weill et Terré : Les obligations , no 84 .

(78) Weill et Terré : Les obligations , no 82 .

(79) Francis Lemeunier : La pratique des contrats, formulaire d'actes sous seings privés , 1973, p. A 1 - 6 .

(80) Francis Lemeunier : La pratique des contrats , p. A 6 .

(81) Treitel : The Law of contract , p. 120 et s .

(82) Flour et Aubert : Les obligations , l'acte juridique, no 163 - Weill et Terré : Les obligations , no 149 .

(83) Flour et Aubert : op. cit., no 177 - Weill et Terré : op. cit., no 153 .

(٨٤) انظر على سبيل المثال المادة ٩٧ من القانون المدني المصرى .

(85) Francis Lemeunier : La pratique des contrats, , p. A 3 .

(86) Francis Lemeunier : op. cit., p. A 3 .

(87) Ghestin et Goubeaux : Droit civil , t. 1' Introduction générale , no 600 et s .

(88) Schmidt : Négociation et conclusion de contrats , no 143 .

(89) Civ. 20 fevr. 1980 , Gaz. Pal. 1980. 11. 767 .

(90) Bourges , 4 fev. 1963 , D. 1963 . 239.

(91) Civ. 28 avr. 1971, J. C. P. 1972 .11. 17280 .

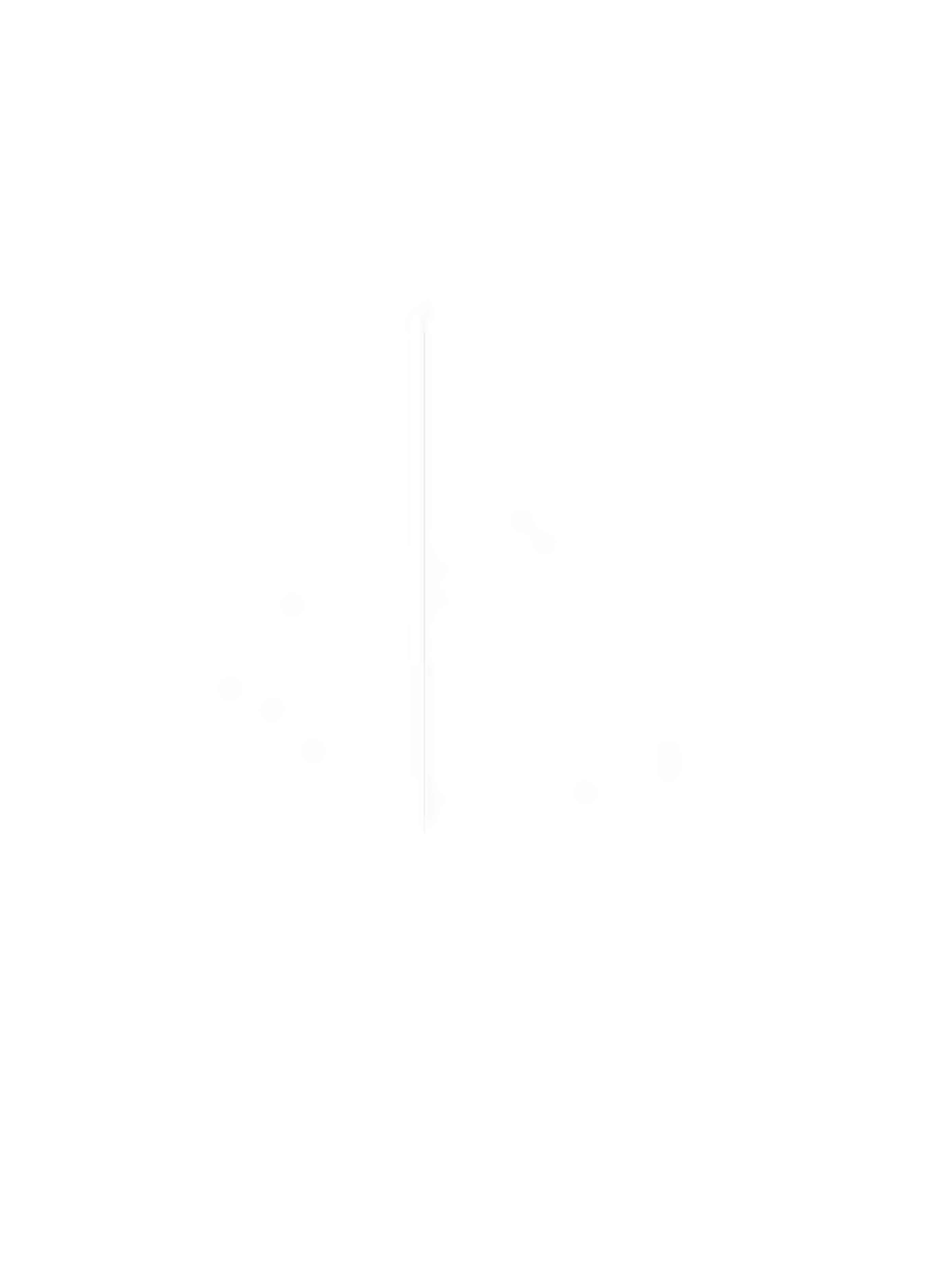
(92) Civ. 3 mai 1979 , Bull., no 128 , p. 103 .

(93) Teyssie : Reflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause du contrat , D. 1976 , chron., p. 281 .

(94) Ghestin et Goubeaux : Droit civil , t. 1 , no 497 .

(95) Civ. 30 oct. 1967 , J.C.P. 1967 . 2. 15590 - Civ. 14 avr. 1970 , J.C.P. 1971 . 2 . 16887 - Civ . 3 mars 1981 , D. 1982. p. 101, obs. Berr et Groutel .


المراجع



مراجع باللغة العربية

دكتور إسماعيل غانم ، **النظرية العامة للالتزام** ، مصادر الالتزام ١٩٦٨م .

دكتور عبدالرزاق السنهوري ، **الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى** - الجزء الأول ، مصادر الالتزام ١٩٥٢م ، طبعة ثانية ، ١٩٦٤م .

دكتور محمود جمال الدين زكى ، **الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات** ، طبعة ثالثة ١٩٧٨م .

بيان بالإشارات الأجنبية المختصرة

Bull.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles) , Paris .
Cass.	Cour de cassation française.
Civ.	Chambre civile de la cour de cassation.
Com.	Chambre commerciale de la cour de cassation.
Chr.	Chronique.
D.	Recueil Dalloz - Sirey .
Encycl.	Encyclopédie.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
J.C.P.	Jurisclasseur périodique , la semaine juridique.
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil.

مراجع بلغة أجنبية

- AUBERT (J.L.) : Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat , thése , Paris , 1970 , L. G. D. J.
- BOCCARA (M.) : Dol, silence et reticence , Gaz. Pal ., 1953 .1. doctrine , p. 24.
- BOYER (Y.) : L'obligation de renseignements dans la formation du contrat , thése , Aix , 1977.
- CARBONNIER : Droit civil , t. 4 . Les obligations , 10e éd . 1979 .
- CELICE (V.B.) : Les réserves et le non - vouloir dans les actes juridiques , thése , Paris , 1968 .
- CHESHIRE , FIFOOT , and FURSTON : The law of contract , 8th ed., Butterworeth , London , 1972.
- DIENER (P.) : Le silence et le droit , thése , Bourdeaux , 1975 .
- FLOUR (J.) et AUBERT (J-L.): Droit civil , les obligations , vol. 1 , L'acte juridique , 1975 - vol . 2 , Le fait juridique , 1981 , Collection Armand Colin , Paris .
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.) : Traité de droit civil , vol. 1, Introduction générale, 2 éd. 1983 , L.G.D.J., Paris .
- GHESTIN (J.) : Traité de droit civil , Les obligations , le contrat , 1980 , L.G.D.J., Paris .
- GHESTIN (J.) : La réticence , le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, D. 1971 , Chron., p. 247 .
- JOURDAIN (P.) : Le devoir de se renseigner , Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement , D. 1983 , Chron., XXV, p. 139 .
- LEAUTE (L.) : Les contrats types , Rev. trim . dr . civ. 1953, p. 429 .
- LEMEUNIER (F.) : La pratique des contrats . Formulaire d'actes sous seings privés , 5e éd. 1973 , J. Delmas .

- LOCUS de LEYSSAC : L'obligation de renseignements dans les contrats , in "L'information en droit privé" , p. 305 . L.G. D. J.,1978 .
- MALINVAUD (M.) : De L'erreur sur la substance , D. 1972 , Chron . p. 215 .
- MARTY et RAYNAUD : Traité de droit civil , t. II, vol. 1 , (les obligations), 1962 .
- MAZEAUD (H.L. et J.) : Leçons de droit civil , t. 2, les obligations , par F. CHABAS, 6ᵉ éd , 1978 .
- MIALON (M.F.) : Etude juridique d'un contrat de conseil , Rev. trim . dr. civ ., 1973 , p. 3 .
- MICHEL de JUGLART : L'obligation de renseignements dans les contrats , Rev. trim. dr. civ., 1945 , p. 1 .
- MOUSSERON : La durée dans la formation des contrats , Mélanges offerts à Jauffret , 1975 , p. 506 .
- OPPETIT :L'engagement d' honneur, D. 1979 , Chron., p. 107 .
- OVERSTAKE : La responsabilité du fabricant de produits dangereux , Rev. trim . dr. civ . 1972, p. 485 .
- PLANIOL et RIPERT : Traité pratique de droit civil français , t. 6 (les obligations) par P. ESMEIN, 1952 .
- RIEG (A) : Les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français , Travaux Assoc. H. Capitant , 1968, p. 43.
- RIEG (A.) : Contrat type et contrat d'adhésion , travaux et recherchs de l'institut de droit comparé , Paris t. XXXIII , 1970 .
- RIPERT (G.) : la règle morale dans les obligations civiles, 4ᵉ éd . 1949 .
- RUDDEN (B.) : Le juste et inefficace pour un non - devoir de renseignements, Rev. trim . dr . civ. 1985 , p. 91 .
- SAVATIER (R.) : Les contrats de conseil en droit privé , D. 1972 , Chron. 139 .
- SCHMIDT (J.) : Négociation et conclusion de contrats , Dalloz , Paris, 1982.
- SCHMIDT (J.) La sanction de la faute précontractuelle , Rev. trim . dr. civ. 1974 , p. 60 .



- SERAA (J.G.) Le refus de contracter , thése , Paris, 1969 , L.G.D.J.
- SEUBE (A.) Les conditions générales des contrats , Mélanges Jauffret, 1975 , p. 632 .
- STARCK (B.) :Droit civil, Obligations, t. 2 contrat et quasi contrat[e], 2 éd. par Roland (H.) et Boyer (L.) , 1986 , LITEC , droit, Paris .
- TERRE (F.) . L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thése , Paris, 1957 , L.G.D.J., éd 1969 .
- TEYSSIE : Reflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause du contrat , D. 1976 , Chron . p. 281 .
- TREITEL (G.H.) :The law of contract , 4 th ed . Stevens & sons , London , 1975 .
- TUNC (A.) : Ebauche du droit des contrats professionnels , Mélanges offerts à G. Ripert , 1950 , t. 2, p. 151.
- VINEY (G.) : La responsabilité des entreprises prestataires de conseils , J.C.P., 1975 .1. 2750 .
- WALLANG (D.) : The international civil engineering contract , Sweet & Maxwell , London , 1974 .
- WARE (F.) : Moore's practical agreements, 10 th ed. Butterworeth, London , 1965 .
- WEILL (A.) et TERRE (F.) :Droit civil , vol. 1 , introduction générale, 4e éd , 1979 - vol.2. Les obligations , 3e éd. , 1980, Precis Dalloz ,Paris .
- WINCOR (R.) :Contracts in plain english , ed. McGraw-Hill Books, London , 1976 .



المحتوى

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

المبحث الثانى
الالتزام بأصول التفاوض

المطلب الأول
الالتزام بالاستمرار فى المفاوضات

المطلب الثانى
الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

الفصل الثالث
العقود التمهيدية فى مرحلة المفاوضات

المبحث الأول
العقود التمهيدية المتعلقة بمفاوضات العقد النهائى

المبحث الثانى
العقود التمهيدية المتعلقة بإبرام العقد النهائى

الباب الثانى
إبرام العقود

الفصل الأول
صياغة العقد

المبحث الأول
طرق الصياغة

المبحث الثانى
أصول الصياغة

الفصل الثانى
ضمانات التنفيذ

المبحث الأول
الشروط المتعلقة بعقبات التنفيذ

المبحث الثانى
الشروط المتعلقة بعدم تنفيذ العقد

الموضوع	الصفحة

الفصل الثالث

قيام العقد

المبحث الأول

أساس القبول

المطلب الأول

القبول والالتزام بالنصيحة أو بالمشورة

المطلب الثانى

القبول والثقة بالطرف الآخر

المطلب الثالث

القبول والخطأ فى المعلومات

الموضوع | الصفحة

المبحث الثانى
شكل القبول

المطلب الأول
قبول العقد

المطلب الثانى
توقيع العقد

الموضوع | الصفحة

.. المؤلف فى سطور :

- الدكتور محمد إبراهيم دسوقى .
- من مواليد (أسيوط) بمصر ، فى ١٩٣٧/١/٢٨م .

• المؤهل العلمى :

- حاصل على الدكتوراه فى (القانون المدنى) من جامعة الإسكندرية بمصر ، عام ١٩٧٣م .

• العمل الحالى :

- أستاذ القانون المدنى ووكيل كلية الحقوق بجامعة أسيوط .

• الأنشطة العلمية :

- *النظرية العامة للقانون والحق* ، منشورات جامعة بنغازى ، ١٩٧٦م .
- مصادر *الالتزام* ، مكتبة الطليعة بمصر ، ١٩٨٠م .
- عقد *التأمين* ، الدار الحديثة ، أسيوط ، ١٩٨٣م .
- *النظرية العامة للالتزام* ، دار إيهاب بمصر ، ١٩٨٥م .
- *التعاقد إخلالاً* بحقوق *الغير* ، دار إيهاب بمصر ، ١٩٨٥م .
- *الالتزام بالإعلام قبل التعاقد* ، دار إيهاب بمصر ، ١٩٨٥م .
- *التأمين من المسؤولية* ، دار إيهاب بمصر ، ١٩٨٦م .

تمت
الطباعة
بمطابع معهد الإدارة العامة ١٤١٥هـ

تمت الطباعة بمطابع معهد الإدارة العامة ١٤١٥هـ

ردمك ٣ - ٨ - ٠٠ - ١٤ - ٩٩٦٠

٢٥ ريالاً